REPUBLICA DE COLOMBIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

"Saber las Leyes non es tan solamente en aprender et decorar las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento".

(Siete Partidas: Partida 1a. Título I, Ley XIII)

LICENCIA NUMERO 451.
DE 7 DE MARZO DE 1936

REGISTRADO PARA CURSO LIBRE
DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL.

TOMO C Números 2261, 2262, 2263 y 2264

Bogotá — Colombia, Septiembre a Diciembre de 1962

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO C

BOGOTA, D. E. — IMPRENTA NACIONAL — 1970

MAGISTRADOS QUE INTEGRAN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y DIGNATARIOS DE LA MISMA

SALA PLENA

Doctor **JOSE JOAQUIN RODRIGUEZ, Presidente.**
Doctor **LUIS CARLOS ZAMBRANO, Vicepresidente.**
Señor **Ricardo Ramírez L.,** Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

Doctor **GUSTAVO FAJARDO PINZON, Presidente.**
Señor **Ricardo Ramírez L.,** Secretario.
MAGISTRADOS: Doctores **Enrique Coral Velasco.**
Gustavo Fajardo Pinzón.
José J. Gómez R.
José Hernández Arbeláez.
Enrique López de la Pava.
Arturo C. Posada.

SALA DE CASACION PENAL

Doctor **HUMBERTO BARRERA DOMINGUEZ, Presidente.**
Señor **Pioquinto León L.,** Secretario.
MAGISTRADOS: Doctores **Humberto Barrera Domínguez.**
Simón Montero Torres.
Gustavo Rendón Gaviria.
Julio Roncallo Acosta.
Angel Martín Vásquez Abad.
Primitivo Vergara Crespo.

SALA DE CASACION LABORAL

Doctor **LUIS ALBERTO BRAVO, Presidente.**
Señor **Vicente Mejía Osorio.,** Secretario.
MAGISTRADOS: Doctores **Luis Alberto Bravo.**
Roberto de Zubiría C.
Luis Fernando Paredes A.
José Joaquín Rodríguez.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Doctor **RAMIRO ARAUJO GRAU, Presidente.**
Doctor **Jorge García Merlano,** Secretario.
MAGISTRADOS: Doctores **Ramiro Araújo Grau.**
Efrén Osejo Peña.
Carlos Peláez Trujillo.
Luis Carlos Zambrano.

Relator de entonces, señor **Luis Ignacio Segura A.**

Septiembre a diciembre de 1962.

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATOR SALA CIVIL: Dr. HECTOR ROA GOMEZ
RELATOR SALA LABORAL: Dr. IGNACIO GOMEZ ZAPATA
RELATOR SALA PENAL: Dr. JOSE SARMIENTO MANTILLA
RELATOR SALA CONSTITUCIONAL: Dr. LUIS F. SERRANO A.

TOMO C Bogotá - Colombia Septiembre a Diciembre de 1962 Nos. 2261, 2262, 2263 y 2264

SALA PLENA

Moción de duelo aprobada en Sala Plena con motivo del fallecimiento del ex Magistrado de la Corte señor doctor Néstor Pineda.

"La Corte Suprema de Justicia deplora el fallecimiento del señor doctor Néstor Pineda, miembro que fue de la corporación, y quien por su competencia, capacidad de estudio, diligencia en el despacho y espíritu de equidad, hizo honor a la Administración de Justicia.

"Esta proposición, en nota de estilo, será entregada a la señora viuda doña Ana Modesta Pérez y a sus hijos, doctor Arturo Martínez Gómez y señora Mercedes Pineda de Martínez, por una comisión de la Corte.

"Insértese en la **Gaceta Judicial**".

(Aprobada en Sala Plena el día 8 de noviembre de 1962).

Moción de condolencia aprobada en Corte Plena con motivo del fallecimiento de la señora Antonina Guarnizo viuda de Bravo.

"La Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, deplora el fallecimiento de la señora Antonina Guarnizo viuda de Bravo, matrona

de aquilatadas virtudes ciudadanas y madre del distinguido Magistrado de la corporación doctor Luis Alberto Bravo. Con ocasión de su duelo le hace presente sus sentimientos de sincera y cordial simpatía.

"Copia de esta moción, en nota de estilo, será entregada al Magistrado doctor Bravo por una comisión de la Corte.

"Insértese en la **Gaceta Judicial**".

(Aprobada en sesión de Sala Plena de fecha 8 de noviembre de 1962).

Proposición aprobada en Corte Plena con motivo del fallecimiento de la señora Isabel Forero de Posada.

"La Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, deplora el fallecimiento de la señora Isabel Forero de Posada, distinguida dama de la sociedad bogotana, esposa del doctor Arturo C. Posada, miembro muy prestante de esta corporación. Con motivo de su duelo le renueva sus sentimientos de simpatía y aprecio.

"Copia de esta moción, en nota de estilo, será entregada al Magistrado doctor Posada por una comisión de la Corte.

"Insértese en la **Gaceta Judicial**".

(Aprobada en sesión de Sala Plena de fecha 8 de noviembre de 1962).

Moción de duelo aprobada en Sala Plena con motivo del fallecimiento del Magistrado de la Corte señor doctor Angel Martín Vásquez Abad.

"La Corte Suprema de Justicia —Sala Plena—, en su sesión de la fecha, deplora con especial sentimiento la muerte del doctor Angel Martín Vásquez Abad, Magistrado muy distinguido de la corporación, quien por dos ocasiones desempeñó el cargo con inteligencia, consagración y alto espíritu patriótico; rinde tributo de admiración a su memoria; exalta sus merecimientos como jurista y catedrático, y hace llegar a sus familiares su sincera expresión de condolencia.

"Una comisión de la Corte pondrá en manos de la señora doña Ofelia viuda de Vásquez e hijos copia de esta proposición, en nota de estilo.

"Trancríbase a sus hermanos e insértese en la **Gaceta Judicial**".

(Aprobada en sesión de fecha 6 de diciembre de 1962).

Extractos de jurisprudencia de esta Sala, a cargo del Relator de entonces, doctor Luis Ignacio Segura.

INADMISIBILIDAD DE UNA DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD FORMULADA POR EL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION. — ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES DE ESTE ALTO FUNCIONARIO

1. Presupuestos del juicio y de la acción. Necesidad de la presencia de los presupuestos para el pronunciamiento de mérito. Oportunidad en que el Juez debe pronunciarse sobre este punto. Cuáles deben tenerse en cuenta para admitir la demanda. Juicios de inexequibilidad y aplicabilidad a ellos de los principios relacionados con los presupuestos de la acción y del juicio. — 2. Competencia limitada de los funcionarios judiciales. Funciones que la Constitución y la ley fijan al Procurador General de la Nación. No existe posibilidad alguna de que el Agente del Ministerio Público pueda actuar en asuntos de derecho privado por iniciativa propia. Cuando el Ministerio Público interviene en juicio, no actúa en calidad de parte en defensa de un interés personal sino como portador de la voluntad del sujeto de la litis. En cuanto al proceso constitucional por inexequibilidad, la intervención del Procurador se reduce a que la Corte oiga su concepto sobre la demanda promotora del Juicio. El Procurador no puede ser sujeto activo de la acción de inexequibilidad. — 3. Debe desecharse la posibilidad de que el Procurador pueda hacer uso de la acción de inexequibilidad como simple ciudadano. La Constitución priva temporalmente a ciertos funcionarios de los derechos políticos en todo o parte, sin que por ello pierdan la calidad de ciudadanos. Objeto de la acción de inexequibilidad. El ejercicio de esta acción es en el fondo un derecho político que admite restricciones. — 4. Las obligaciones que tiene el Procurador de defender los intereses de la Nación y promover la ejecución de las leyes, bien pueden cumplirse sin ejercer la acción de inexequibilidad. — 5. Inadmisibilidad de la acción de inexequibilidad cuando es ejercida por el Procurador General de la Nación.

1. Todo proceso en que haya pugna de intereses o la presencia de una litis, debe reunir determinados requisitos, sin los cuales el Juez se halla impedido para un pronunciamiento de mérito. La jurisprudencia, acorde con la doctrina, los ha determinado con precisión. Uno de ellos es la capacidad para ser parte, condición que llena todo sujeto de derecho aunque no pueda actuar por sí mismo en la vida civil, como ocurre con las personas naturales incapaces. En el asunto debatido incluye este presupuesto, como se verá.

Los presupuestos de la acción se reducen a dos: el interés para obrar y la legitimación en causa. Hay discrepancias doctrinarias sobre su número y significación, que no interesa dar a conocer aquí. Se requiere la presencia de estos presupuestos para una decisión, favorable o adversa, a las pretensiones de las partes.

Existe disparidad de criterios en cuanto a la oportunidad en que el Juez deba pronunciarse sobre los presupuestos de una y otra clase. Los integrantes de la acción se estudian, de ordinario, en la sentencia, en tanto que los del juicio al tiempo de su iniciación. Sobre el segundo aspecto puede afirmarse que hay unidad en la doctrina, ya que los concernientes al juicio atañen a la debida constitución de la relación pro-

cesal. Su falta impide el juzgamiento en legal forma; de ahí que el Juez deba investigar, aún de manera oficiosa, antes de la admisión de la demanda, si están presentes los del juicio, con facultad para rechazarla si observa la ausencia de cualquiera de ellos.

En cuanto a los presupuestos de la acción debe decirse que, en asuntos de derecho privado y en el campo del proceso jurisdiccional contencioso, hay ocasiones en que el Juez, para admitir la demanda, debe examinar si con ella acompaña el actor la prueba que acredite tanto el derecho que invoca como su legitimación para obrar. Así ocurre, por ejemplo, en las actividades de excepción y en los procedimientos especiales de tipo documental.

Se aplican al juicio de inexequibilidad los principios que gobiernan el de índole civil respecto de los presupuestos de éste y los de la acción. En ambos casos se trata de elementos estructurales de uno y de otra, con independencia de las cuestiones jurídicas debatidas y de la naturaleza de la ley material que la regule. La acción como derecho subjetivo y autónomo, es una sola, cualquiera que sea su resultado. La jurisdicción, medio de actualizarla, aunque admite divisiones (ordinaria, extraordinaria, especial) conserva también su unidad como institución. Lo propio cabe decir del proceso, exteriorización de la acción ante la jurisdicción: pueden ser diversos los procedimientos, pero aquél mantiene su unidad como categoría jurídica.

De los presupuestos de la acción se tomará en cuenta, en el caso de autos, el relativo a la legitimación en causa.

2. Es doctrina de nuestro derecho público la de que el funcionario oficial no tiene competencia para ejercer funciones distintas de las que le confieren la Constitución y la ley. No puede hacer sino lo que aquélla y ésta le ordenan. Todo lo que rebase el límite de sus facultades implica extralimitación de funciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 20 de la Carta. Con base en este postulado debe indicarse, en líneas generales, cuáles son las funciones que el Estatuto Supremo y la ley fijan al Procurador General.

a) FUNCIONES CONSTITUCIONALES

El artículo 143 de la Ley Fundamental relaciona las del Ministerio Público, y el 145 las especiales del Procurador. El 214, inciso último, le asigna la que se transcribe a continuación: "En las acciones de inexequibilidad deberá intervenir siempre el Procurador General de la Nación".

Esa intervención ha sido reglamentada por el legislador. En efecto, el artículo 30 del Código Judicial dispone que la Corte debe decidir las acciones de inexequibilidad, "previa audiencia del Procurador General de la Nación".

Se anota que si bien el Código citado rige desde 1932, la norma que consagró en nuestro derecho público el control jurisdiccional de la ley (art. 41 del Acto legislativo No. 3 de 1910) traía prescripción igual a la que antes se transcribió de la actual codificación constitucional, mantenida sin modificaciones en los ordenamientos posteriores al de 1910. De otro lado, los preceptos legales expedidos después de la vigencia del artículo 54 del Acto legislativo número 1º de 1945 (art. 214 de la Carta) traducen la intervención del Procurador en forma idéntica a la contenida en el artículo 30 del Estatuto de Procedimiento Civil. Basta citar el Decreto legislativo 135 de 1957, inciso último de su artículo 1º.

b) FUNCIONES LEGALES

Las del Ministerio Público, en asuntos civiles, se hallan detalladas en el Código Judicial (Título XI del Libro I), sin perjuicio de las especiales que en determinados procesos relacionan el mismo Código y otras leyes.

Para el caso conviene destacar la contenida en el artículo 171 del mencionado estatuto, según el cual "los Agentes del Ministerio Público no pueden promover acciones civiles sin orden e instrucciones del Gobierno o del respectivo Gobernador o Alcalde, quienes no pueden ordenar el desistimiento de aquellas que haya mandado entablar la ley, la ordenanza o el acuerdo municipal respectivo".

No existe posibilidad alguna de que el Agente del Ministerio Público pueda actuar en asuntos de derecho privado, por iniciativa propia, en calidad de demandante. Para promover un juicio necesita autorización previa del representante de la respectiva entidad administrativa de derecho público, o de la ley en su caso. Huelga advertir que al proceso comparece como parte en sentido formal únicamente, ya que el titular del interés en litigio es el representado.

Cuando el Ministerio Público interviene en juicio, sea en representación de la sociedad o de la ley, ya en defensa de incapaces, ora como representante de las entidades administrativas de derecho público, no actúa en calidad de parte en defensa de un interés personal sino como portador de la voluntad del sujeto de la litis, esto es, del titular de la relación jurídico-material.

Del análisis que precede se concluye que el Ministerio Público no está autorizado para promover un proceso civil en interés propio, porque para ello no lo facultan la Constitución ni la ley.

En cuanto al proceso constitucional por inexequibilidad, la intervención del Procurador se reduce a que la Corte oiga su concepto sobre la demanda promotora del juicio. Del canon constitucional que autoriza su intervención y de las normas legales que desarrollan ese acto, se deduce con claridad que quien puede actuar como actor no es el Procurador sino un tercero. Se le cita para oírlo en un proceso iniciado por otro. Para ejercer su actividad debe, pues, esperar a que la Corte le corra traslado de la demanda. Ese es el sentido que ofrece el mandato del constituyente. Luego sólo está facultado para intervenir en los juicios que se promueven por terceros, no le está permitido presentarse ante la Corte como actor.

De acuerdo con lo expuesto, el Procurador no puede ser sujeto activo de la acción de inexequibilidad. La tesis contraria llevaría a la consecuencia de que quedaría a su arbitrio sustituír la obligación que le impone el constituyente, limitada a la intervención en los procesos iniciados por terceros, por una actividad opuesta, la de promover el juicio de inexequibilidad como demandante. Con esta inteligencia al precepto constitucional se le desvía de su recto y cabal entendimiento.

3. Debe desecharse la posibilidad de que el Procurador pueda hacer uso de la acción de inexequibilidad como simple ciudadano. Los dos Títulos —el que otorga la investidura y el de ciudadano— admiten separación. Es evidente que el ciudadano doctor Andrés Holguín puede ser considerado como tal con independencia de su calidad de Procurador General de la Nación. Si, por ejemplo, tiene necesidad de comparecer a un juicio civil como actor o demandado, y al efecto otorga poder a un abogado para que lleve en él su representación, no cabe duda de que quien está actuando es el ciudadano Andrés Holguín y no el Procurador. Pero no pueden disociarse los dos títulos cuando se trata del cumplimiento de una función que al empleado público confieren la Constitución y las leyes en consideración al cargo que ejerce, como ocurre en el asunto que se estudia. Si la función consiste en intervenir en un juicio de inexequibilidad para emitir concepto sobre la demanda, no puede invocar el título de ciudadano para presentarse como actor, ya que obrando así se incapacita para ejercerla.

La acción de inexequibilidad es pública, como se deduce claramente del mandato constitucional que la instituye. Esta característica le sirve a la demanda para sostener que si está a disposición de todo ciudadano, de su ejercicio no puede ser excluído el Procurador, pues goza él de todos los derechos que corresponden al ciudadano.

El argumento no es atendible por las razones que se exponen a continuación: de la ciudadanía se deducen los derechos políticos que, en síntesis, se reducen a la facultad de elegir y ser elegido para cargos de elección popular, según el artículo 15 de la Constitución. Sin embargo, ésta lo somete a restricciones. En efecto: los altos funcionarios que relaciona el artículo 108 ibídem, entre los cuales figura el Procurador General, no pueden ser elegidos miembros del Congreso sino seis meses después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones; el Ejército, la Policía Nacional y los cuerpos armados permanentes no pueden ejercer el derecho del sufragio ni intervenir en debates políticos mientras permanezcan en servicio activo (art. 168, inciso 3º). Otra restricción es la que establece el artículo 178 del mismo estatuto. Los indicados preceptos demuestran que hay un grupo de funcionarios públicos a quienes se priva temporalmente de los derechos políticos, en todo o parte, sin que por ello pierdan la calidad de ciudadanos. Cuando los integrantes del grupo se despojan de la investidura que motiva la prohibición, revive para ellos la plenitud de los derechos del ciudadano, sin perjuicio de que la inhabilidad se prolongue después de la desinvestidura por determinado tiempo en el caso del artículo 108.

Objeto de la acción de inexequibilidad es la preservación del orden jurídico, el imperio de la legalidad, la integridad de las instituciones, en una palabra, el mantenimiento del estado de derecho. No sería desacertado decir que en el fondo es un derecho político, como se desprende de su finalidad y de la circunstancia de que la norma constitucional que la consagra la reserva al ciudadano.

Si como se ha visto, los derechos políticos fundamentales admiten restricciones, el que se examina, derivado como aquellos de la ciudadanía, autoriza el mismo tratamiento.

No puede, pues, alegarse que el título de ciudadano basta por sí solo para que todo el que lo ostente, sin excluír al funcionario público, se halla capacitado para ejercer la acción de inexequibilidad.

Aun aceptando que los funcionarios públicos puedan utilizar la acción, el Procurador General, frente a ella, se encuentra en una situación especial, distinta de la del resto de los empleados oficiales de cualquier categoría. Esta situación constituye un obstáculo insalvable que lo incapacita para hacer uso de ella, como ha quedado demostrado.

4. Dice el Procurador que la Constitución (artículo 143) le impone estas obligaciones: defender los intereses de la Nación y promover la ejecución de las leyes; que para cumplir una y otras debe ejercer la acción de inexequibilidad, porque las normas que acusa de la Ley 48 de 1962 vulneran intereses nacionales, y porque siendo, en su concepto, inconstitucionales, no puede promover su ejecución.

Hace mérito el Procurador de atribuciones que le señala el mencionado precepto constitucional. Se estudian en el orden ya indicado.

1º DEFENDER LOS INTERESES DE LA NACION

Para que haya lugar a la defensa se requiere que exista un conflicto jurídico entre un interés de la Nación e intereses de terceros, es decir, la presencia de una litis, sea que ésta se haya llevado o no a la decisión de la jurisdicción.

Si para la defensa el Procurador tiene que promover un juicio como actor (función que ejerce por medio del Procurador Delegado en lo Civil), debe mediar previa autorización del Gobierno, o en su caso, de la ley. Si tiene que defenderla en juicio promovido contra ella, la ley le ha impuesto la obligación de representarla como demandado. En la forma expuesta defiende el Procurador los intereses de la Nación, de conformidad con las normas legales pertinentes. Cabe observar que su intervención en un proceso como representante del Estado cuando éste actúa en calidad de sujeto activo, no es oficiosa ni discrecional, sino reglada, según se dejó anotado antes. La función que se examina tiene operancia ante la jurisdicción ordinaria. Se refiere a intereses económicos o patrimoniales, no a conflictos entre la Constitución y la ley del ámbito de la jurisdicción extraordinaria a que se refiere el artículo 214 de la Carta. No abona, pues, la tesis del Procurador la invocación que hace de la atribución en examen.

2º PROMOVER LA EJECUCION DE LAS LEYES

Debe decirse que mientras la ley subsista el Procurador no puede abstenerse de promover su ejecución, si fuere el caso. Su deber es acatarla, como lo previene la Constitución. En el supuesto de que la ley, que debe considerarse inspirada en el bien común, lesione intereses nacionales contrariando mandatos de la Carta Política, ésta otorga a todos los ciudadanos un instrumento adecuado para el restablecimiento de su imperio, a excepción de los inhabilitados para el ejercicio de la acción de inexequibilidad, de manera que aquélla no queda desamparada para que el Procurador se sienta obligado a velar por su integridad. No acierta la demanda al sugerir que los encargados de aplicar la Ley 48 de 1962 pueden acogerse a la excepción de inexequibilidad de que trata el artículo 215 de la Constitución, para rehusar su cumplimiento, porque la actividad de ejecución de la ley es distinta de la que compete al Procurador, limitada a estimular su observancia.

En el caso del Procurador General media la circunstancia especialísima de que el artículo 214 de la Ley Suprema limita su actividad procesal a intervenir en los juicios que surgen del ejercicio de la acción allí establecida. El acto de intervención no resulta conciliable con la posición de demandante en el proceso ante la Corte, en sede constitucional, ni so pretexto de que la acción es pública autoriza para sostener que de ella puede valerse el Procurador sin detrimento de la obligación específica y concreta que le fija el precepto mencionado, determinante de su competencia. Se dejó dicho y conviene repetirlo: el funcionario público no puede hacer nada distinto de lo que le permiten la Constitución y las leyes. Convertir la intervención en acción, desnaturaliza el sentir de aquélla, dejando sin efecto la voluntad del constituyente. Esta línea de conducta, aun inspirada en los más sanos propósitos, y aunque obedezca a honrada y honesta convicción, carece de respaldo en el derecho positivo. La jurisprudencia, por vía de doctrina, no podría aceptarla, ya que sus poderes no pueden sobreponerse a los mandatos de la ley, menos si, como ocurre en el asunto litigioso, provienen del legislador supremo.

5. De lo expuesto se deducen estas conclusiones:

1ª El Procurador General de la Nación, en su calidad de funcionario público, no puede ser sujeto activo ni pasivo de una litis en ningún proceso. Su intervención en éste, en uno u otro sentido, se concreta a la simple representación del Estado, asumiendo la posición de parte en sentido formal. En consecuencia, no tiene capacidad para ser parte en sentido material. La

aptitud para serlo es uno de los presupuestos del juicio, luego su ausencia es motivo suficiente para el rechazo de la demanda.

2ª Dicho funcionario, como ciudadano particular, puede ser parte en un proceso, pero en asuntos distintos de los que delimitan sus atribuciones constitucionales y legales.

3ª El Procurador no está legitimado para obrar en el proceso constitucional ante la Corte como titular de la pretensión que constituye su objeto (declaración de inexequibilidad de los actos acusables ante la Sala Plena de la Corporación). El derecho para provocar una declaración de tal naturaleza se lo concede la Constitución (art. 214) a "cualquier ciudadano". De los derechos ciudadanos no está privado el Procurador, pero por razón de las funciones de su cargo no le asiste la acción consagrada en el citado precepto, porque resulta incompatible con la que el mandato le impone. Se trata de un presupuesto inherente a la pretensión cuya falta conduce a la inadmisión de la demanda. Nada haría la Corte con adelantar su trámite si en la sentencia se ve obligada a rechazar la acción por razones idénticas a las que ha dejado consignadas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, D. E., veintitrés de noviembre de mil novecientos sesenta y dos.

I

Antecedentes.

El señor Procurador General de la Nación, en escrito de fecha 7 de noviembre en curso, le pide a la Corte, en ejercicio de la acción que consagra el artículo 214 de la Ley Fundamental, declare inexequibles los artículos 5º (literal b), 7º (inciso 1º y parágrafos primero y segundo), 8º, 9º, 10, 11, 12, 13 y 14 de la Ley 48 de 1962, "por la cual se fijan unas asignaciones, se aclara la Ley 172 de 1959, y se dictan otras disposiciones".

Transcribe el demandante el texto de las normas relacionadas, y en extensa y erudita exposición aduce los fundamentos que a su juicio demuestran la contrariedad entre ellas y los mandatos que cita de la Constitución Nacional.

II

La acción de inexequibilidad.

La demanda, en su último capítulo, sostiene que de ella puede hacer uso el Procurador General, ya en su carácter de funcionario público, ora como simple ciudadano.

Estima el Procurador que como el constituyente le otorga la acción a "cualquier ciudadano", de ella goza todo funcionario público que tenga esa calidad, que no pierde por el desempeño de un cargo oficial, de manera que los derechos establecidos por la Constitución en favor de los ciudadanos, como sus respectivas acciones, sólo dejan de operar cuando se pierde la calidad de ciudadano en ejercicio.

Considera inaceptable que todo ciudadano pueda ejercer la acción pero no el Procurador General, que, como representante de la sociedad, está obligado a "defender los intereses de la Nación", como se lo ordena el artículo 143 de la Carta, por lo cual, si una ley, como la acusada, viola los intereses nacionales, es su deber promover la correspondiente demanda de inexequibilidad. Agrega que de acuerdo con la citada norma le corresponde "promover la ejecución de las leyes", función que no puede cumplir respecto de las que estime inconstitucionales, ya que si existe pugna entre una ley y normas del Estatuto Fundamental, aquélla no puede recibir aplicación. En tal caso, el camino indicado es el de que el Procurador instaure la acción de inexequibilidad. El hecho de que deba emitir concepto cuando la acción la ejercitan terceros, no le resta eficacia a la tesis que sustenta, pues el concepto queda contenido en su propia demanda.

Dice, por último, el Procurador: la urgencia de que la Corte decida sobre la exequibilidad de la Ley 48 de 1962, vigente desde el 18 de octubre pasado, lo ha movido a formular la demanda, a fin de que las disposiciones de dicho estatuto no produzcan ningún efecto. Lo anterior, sin perjuicio de que los funcionarios que tengan el encargo de cumplir la ley hagan uso del artículo 215 de la Carta, negándose a aplicar preceptos legales notoriamente inconstitucionales.

En el caso de que la Corte estime que el Procurador carece de facultad para ejercitar la acción, debe tener por presentada la demanda en su condición de simple ciudadano. Si ésta fuere su decisión, manifiesta que no intervendrá ante la corporación como Procurador General, debiendo ser reemplazado por quien corresponda para que emita concepto sobre la demanda.

III

Se considera:

Presupuestos del juicio y de la acción.

Todo proceso en que haya pugna de intereses o la presencia de una litis, debe reunir deter-

minados requisitos, sin los cuales el Juez se halla impedido para un pronunciamiento de mérito. La jurisprudencia, acorde con la doctrina, los ha determinado con precisión. Uno de ellos es la capacidad para ser parte, condición que llena todo sujeto de derecho aunque no pueda actuar por sí mismo en la vida civil, como ocurre con las personas naturales incapaces. En el asunto debatido incluye este presupuesto, como adelante se verá.

Los presupuestos de la acción se reducen a dos: el interés para obrar y la legitimación en causa. Hay discrepancias doctrinarias sobre su número y significación, que no interesa dar a conocer aquí. Se requiere la presencia de estos presupuestos para una decisión, favorable o adversa, a las pretensiones de las partes.

Existe disparidad de criterios en cuanto a la oportunidad en que el Juez deba pronunciarse sobre los presupuestos de una y otra clase. Los integrantes de la acción se estudian, de ordinario, en la sentencia, en tanto que los del juicio al tiempo de su iniciación. Sobre el segundo aspecto puede afirmarse que hay unanimidad en la doctrina, ya que los concernientes al juicio atañen a la debida constitución de la relación procesal. Su falta impide el juzgamiento en legal forma; de ahí que el Juez deba investigar, aún de manera oficiosa, antes de la admisión de la demanda, si están presentes los del juicio, con facultad para rechazarla si observa la ausencia de cualquiera de ellos.

En cuanto a los presupuestos de la acción debe decirse que, en asuntos de derecho privado y en el campo del proceso jurisdiccional contencioso, hay ocasiones en que el Juez, para admitir la demanda, debe examinar si con ella acompaña el actor la prueba que acredite tanto el derecho que invoca como su legitimación para obrar. Así ocurre, por ejemplo, en las actividades de ejecución y en los procedimientos especiales de tipo documental.

Se aplican al juicio de inexequibilidad los principios que gobiernan el de índole civil respecto de los presupuestos de éste y los de la acción. En ambos casos se trata de elementos estructurales de uno y de otra, con independencia de las cuestiones jurídicas debatidas y de la naturaleza de la ley material que las regule. La acción, como derecho subjetivo y autónomo, es una sola, cualquiera que sea su resultado. La jurisdicción, medio de actualizarla, aunque admite divisiones (ordinaria, extraordinaria, especial) conserva también su unidad como institución. Lo propio cabe decir del proceso, exteriorización de la acción ante la jurisdicción: pueden ser diversos los procedimientos, pero aquél mantiene su unidad como categoría jurídica.

De los presupuestos de la acción se tomará en cuenta, en el caso de autos, el relativo a la legitimación en causa.

Sentados los anteriores principios, son pertinentes las siguientes consideraciones:

Es doctrina de nuestro derecho público la de que el funcionario oficial no tiene competencia para ejercer funciones distintas de las que le confieren la Constitución y la ley. No puede hacer sino lo que aquélla y ésta le ordenan. Todo lo que rebase el límite de sus facultades implica extralimitación de funciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 20 de la Carta. Con base en este postulado debe indicarse, en líneas generales, cuáles son las funciones que el Estatuto Supremo y la ley fijan al Procurador General.

a) *Funciones constitucionales.*

El artículo 143 de la Ley Fundamental relaciona las del Ministerio Público, y el 145 las especiales de Procurador. El 214, inciso último, le asigna la que se transcribe a continuación: "En las acciones de inexequibilidad deberá intervenir siempre el Procurador General de la Nación".

Esa intervención ha sido reglamentada por el legislador. En efecto, el artículo 30 del Código Judicial dispone que la Corte debe decidir las acciones de inexequibilidad, "previa audiencia del Procurador General de la Nación".

Se anota que si bien el Código citado rige desde 1932, la norma que consagró en nuestro derecho público el control jurisdiccional de la ley (art. 41 del Acto legislativo número 3 de 1910) traía prescripción igual a la que antes se transcribió de la actual codificación constitucional, mantenida sin modificaciones en los ordenamientos posteriores al de 1910. De otro lado, los preceptos legales expedidos después de la vigencia del artículo 54 del Acto legislativo número 1º de 1945 (art. 214 de la Carta) traducen la intervención del Procurador en forma idéntica a la contenida en el artículo 30 del estatuto de procedimiento civil. Basta citar el Decreto legislativo 135 de 1957, inciso último de su artículo 1º.

b) *Funciones legales.*

Las del Ministerio Público, en asuntos civiles, se hallan detalladas en el Código Judicial (Título XI del Libro I), sin perjuicio de las especiales que en determinados procesos relacionan el mismo Código y otras leyes.

Para el caso conviene destacar la contenida en el artículo 171 del mencionado estatuto, según el cual "los Agentes del Ministerio Público no pueden promover acciones civiles sin orden e instrucciones del Gobierno o del respectivo Gobernador o Alcalde, quienes no pueden ordenar el desistimiento de aquellas que haya mandado entablar la ley, la ordenanza o el acuerdo municipal respectivo".

No existe posibilidad alguna de que el Agente del Ministerio Público pueda actuar en asuntos de derecho privado, por iniciativa propia, en calidad de demandante. Para promover un juicio necesita autorización previa del representante de la respectiva entidad administrativa de derecho público, o de la ley en su caso. Huelga advertir que al proceso comparece como parte en sentido formal únicamente, ya que el titular del interés en litigio es el representado.

Cuando el Ministerio Público interviene en juicio, sea en representación de la sociedad o de la ley, ya en defensa de incapaces, ora como representante de las entidades administrativas de derecho público, no actúa en calidad de parte en defensa de un interés personal sino como portador de la voluntad del sujeto de la litis, esto es, del titular de la relación jurídico-material.

Del análisis que precede se concluye que el Ministerio Público no está autorizado para promover un proceso civil en interés propio, porque para ello no lo facultan la Constitución ni la ley.

En cuanto al proceso constitucional por inexequibilidad, la intervención del Procurador se reduce a que la Corte oiga su concepto sobre la demanda promotora del juicio. Del canon constitucional que autoriza su intervención y de las normas legales que desarrollan ese acto, se deduce con claridad que quien puede actuar como actor no es el Procurador sino un tercero. Se le cita para oírlo en un proceso iniciado por otro. Para ejercer su actividad debe, pues, esperar a que la Corte le corra traslado de la demanda. Ese es el sentido que ofrece el mandato del constituyente. Luego si sólo está facultado para intervenir en los juicios que se promuevan por terceros, no le está permitido presentarse ante la Corte como actor.

De acuerdo con lo expuesto, el Procurador no puede ser sujeto activo de la acción de inexequibilidad. La tesis contraria llevaría a la consecuencia de que quedaría a su arbitrio sustituír la obligación que le impone el constituyente, limitada a la intervención en los procesos iniciados por terceros, por una actividad opuesta, la de promover el juicio de inexequibilidad como demandante. Con esta inteligencia al precepto constitucional se le desvía de su recto y cabal entendimiento.

Debe desecharse la posibilidad de que el Procurador pueda hacer uso de la acción como simple ciudadano. Los dos títulos —el que otorga la investidura y el de ciudadano— admiten separación. Es evidente que el ciudadano doctor Andrés Holguín puede ser considerado como tal con independencia de su calidad de Procurador General de la Nación. Si, por ejemplo, tiene necesidad de comparecer a un juicio civil como actor o demandado, y al efecto otorga poder a un abogado para que lleve en él su representación, no cabe duda de que quien está actuando es el ciudadano Andrés Holguín y no el Procurador. Pero no pueden disociarse los dos títulos cuando se trata del cumplimiento de una función que al empleado público confieren la Constitución y las leyes en consideración al cargo que ejerce, como ocurre en el asunto que se estudia. Si la función consiste en intervenir en un juicio de inexequibilidad para emitir concepto sobre la demanda, no puede invocar el título de ciudadano para presentarse como actor, ya que obrando así se incapacita para ejercerla.

La acción de inexequibilidad es pública, como se deduce claramente del mandato constitucional que la instituye. Esta característica le sirve a la demanda para sostener que si está a disposición de todo ciudadano, de su ejercicio no puede ser excluído el Procurador, pues goza él de todos los derechos que corresponden al ciudadano.

El argumento no es atendible por las razones que se exponen a continuación:

De la ciudadanía se deducen los derechos políticos, que, en síntesis, se reducen a la facultad de elegir y ser elegido para cargos de elección popular, según el artículo 15 de la Constitución. Sin embargo, ésta los somete a restricciones. En efecto: los altos funcionarios que relaciona el artículo 108, ibídem, entre los cuales figura el Procurador General, no pueden ser elegidos miembros del Congreso sino seis meses después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones; el Ejército, la Policía Nacional y los cuerpos armados permanentes no pueden ejercer el derecho del sufragio ni intervenir en debates políticos mientras permanezcan en servicio activo (art. 168, inciso 3º). Otra restricción es la que establece el artículo 178 del mismo estatuto. Los indicados preceptos demuestran que hay un grupo de funcionarios públicos a quienes se priva temporalmente de los derechos políticos, en todo o parte, sin que por ello pierdan la ca-

lidad de ciudadanos. Cuando los integrantes del grupo se despojan de la investidura que motiva la prohibición, revive para ellos la plenitud de los derechos del ciudadano, sin perjuicio de que la inhabilidad se prolongue después de la desinvestidura por determinado tiempo en el caso del artículo 108.

Objeto de la acción de inexequibilidad es la preservación del orden jurídico, el imperio de la legalidad, la integridad de las instituciones, en una palabra, el mantenimiento del estado de derecho. No sería desacertado decir que, en el fondo, es un derecho político, como se desprende de su finalidad y de la circunstancia de que la norma constitucional que la consagra la reserva al ciudadano.

Si como se ha visto, los derechos políticos fundamentales admiten restricciones, el que se examina, derivado como aquéllos de la ciudadanía, autoriza el mismo tratamiento.

No puede, pues, alegarse que el título de ciudadano basta por sí solo para que todo el que lo ostente, sin excluír al funcionario público, se halla capacitado para ejercer la acción de inexequibilidad.

Aun aceptando que los funcionarios públicos puedan utilizar la acción, el Procurador General, frente a ella, se encuentra en una situación especial, distinta de la del resto de los empleados oficiales de cualquier categoría. Esa situación constituye un obstáculo insalvable que lo incapacita para hacer uso de ella, como ha quedado demostrado.

Los argumentos que sustentan la tesis de la demanda no son, pues, aceptables. Resta examinar los siguientes:

Dice el Procurador que la Constitución (art. 143) le impone estas obligaciones: defender los intereses de la Nación y promover la ejecución de las leyes; que para cumplir una y otra debe ejercer la acción de inexequibilidad, porque las normas que acusa de la Ley 48 de 1962 vulneran intereses nacionales, y porque siendo, en su concepto, inconstitucionales, no puede promover su ejecución.

Hace mérito el Procurador de atribuciones que le señala el mencionado precepto constitucional. Se estudian en el orden ya indicado.

1ª *Defender los intereses de la Nación.*

Para que haya lugar a la defensa se requiere que exista un conflicto jurídico entre un interés de la Nación e intereses de terceros, es decir, la presencia de una litis, sea que ésta se haya llevado o no a la decisión de la jurisdicción.

Si para la defensa el Procurador tiene que promover un juicio como actor (función que ejerce por medio del Procurador Delegado en lo Civil), debe mediar previa autorización del Gobierno, o en su caso, de la ley. Si tiene que defenderla en juicio promovido contra ella, la ley le ha impuesto la obligación de representarla como demandada. En la forma expuesta defiende el Procurador los intereses de la Nación, de conformidad con las normas legales pertinentes. Cabe observar que su intervención en un proceso como representante del Estado cuando éste actúa en calidad de sujeto activo, no es oficiosa ni discrecional, sino reglada, según se dejó anotado antes. La función que se examina tiene operancia ante la jurisdicción ordinaria. Se refiere a intereses económicos o patrimoniales, no a conflictos entre la Constitución y la ley del ámbito de la jurisdicción extraordinaria a que se refiere el artículo 214 de la Carta. No abona, pues, la tesis del Procurador la invocación que hace de la atribución en examen.

2ª *Promover la ejecución de las leyes.*

Debe decirse que mientras la ley subsista el Procurador no puede abstenerse de promover su ejecución, si fuere el caso. Su deber es acatarla, como lo previene la Constitución. En el supuesto de que la ley, que debe considerarse inspirada en el bien común, lesione intereses nacionales contrariando mandatos de la Carta Política, ésta otorga a todos los ciudadanos un instrumento adecuado para el restablecimiento de su imperio, a excepción de los inhabilitados para el ejercicio de la acción de inexequibilidad, de manera que aquélla no queda desamparada para que el Procurador se sienta obligado a velar por su integridad. No acierta la demanda al sugerir que los encargados de aplicar la Ley 48 de 1962 pueden acogerse a la excepción de inexequibilidad de que trata el artículo 215 de la Constitución, para rehusar su cumplimiento, porque la actividad de ejecución de la ley es distinta de la que compete al Procurador, limitada a estimular su observancia.

En el caso del Procurador General media la circunstancia especialísima de que el artículo 214 de la Ley Suprema limita su actividad procesal a intervenir en los juicios que surgen del ejercicio de la acción allí establecida. El acto de intervención no resulta conciliable con la posición de demandante en el proceso ante la Corte, en sede constitucional, ni so pretexto de que la acción es pública autoriza para sostener que de ella puede valerse el Procurador sin detrimento de la obligación específica y concreta

que le fija el precepto mencionado, determinante de su competencia. Se dejó dicho, y conviene repetirlo: el funcionario público no puede hacer nada distinto de lo que le permiten la Constitución y las leyes. Convertir la intervención en acción, desnaturaliza el sentido de aquélla, dejando sin efecto la voluntad del constituyente. Esta línea de conducta, aun inspirada en los más sanos propósitos, y aunque obedezca a honrada y honesta convicción, carece de respaldo en el derecho positivo. La jurisprudencia, por vía de doctrina, no podría aceptarla, ya que sus poderes no pueden sobreponerse a los mandatos de la ley, menos si, como ocurre en el asunto litigioso, provienen del legislador supremo.

De todo lo expuesto se deducen estas conclusiones:

1ª El Procurador General de la Nación, en su calidad de funcionario público, no puede ser sujeto activo ni pasivo de una litis en ningún proceso. Su intervención en éste, en uno u otro sentido, se concreta a la simple representación del Estado, asumiendo la posición de parte en sentido formal. En consecuencia, no tiene capacidad para ser parte en sentido material. La aptitud para serlo es uno de los presupuestos del juicio, luego su ausencia es motivo suficiente para el rechazo de la demanda.

2ª Dicho funcionario, como ciudadano particular, puede ser parte en un proceso, pero en asuntos distintos de los que delimitan sus atribuciones constitucionales y legales.

3ª El Procurador no está legitimado para obrar en el proceso constitucional ante la Corte como titular de la pretensión que constituye su objeto (declaración de inexequibilidad de los actos acusables ante la Sala Plena de la corporación). El derecho para provocar una declaración de tal naturaleza se lo concede la Constitución (art. 214) a "cualquier ciudadano". De los derechos ciudadanos no está privado el Procurador, pero por razón de las funciones de su cargo no le asiste la acción consagrada en el citado precepto, porque resulta incompatible con la que el mandato le impone. Se trata de un presupuesto inherente a la pretensión cuya falta conduce a la inadmisión de la demanda. Nada haría la Corte con adelantar su trámite si en la sentencia se ve obligada a rechazar la acción por razones idénticas a las que ha dejado consignadas.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, se resuelve: es *inadmisible* la demanda y, por tanto, no es el caso de someterla al trámite correspondiente.

Notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese el expediente.

José Joaquín Rodríguez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

Los extractos de jurisprudencia de esta Sala, a cargo del señor Carlos Manuel Gutiérrez E., Relator Judicial Auxiliar.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

Relación de causalidad entre la culpa y el daño. — Causal 2ª de casación. — Se reitera la doctrina referente a que en casación no proceden los cargos subsidiarios.

1. Los hechos constitutivos que el actor presenta como fundamento de su pretensión y los impeditivos o extintivos o excepciones en sentido procesal expuestos por el demandado en la réplica, le dan fisonomía a la acción, circunscriben el campo del debate judicial y limitan la función del Juez a resolver sobre lo que se ha propuesto como causa petendi o fundamentos de hecho.

El efecto jurídico pretendido por la demanda y expuesto en el petitum debe tener como respaldo la ley, que se presume conocida por el Juez, y la verdad de los hechos demostrada por los medios de convicción preestablecidos por la tarifa probatoria. Para que la demanda sea fundada es necesario que las condiciones de hecho, que en abstracto supone la norma, correspondan con los hechos concretos deducidos por la parte, a quien le atañe precisarlos como determinantes del derecho invocado; de allí que la parte resolutiva de la sentencia, donde está su imperio, debe coincidir exactamente con las pretensiones de las partes oportunamente deducidas en el juicio y, de allí también, que no pueda concederse más de lo pedido, ni resolverse sobre cuestiones que no fueron objeto del litigio, ni dejarse de decidir sobre las defensas opuestas por el demandado.

2. La relación de causalidad no es un supuesto exclusivamente atribuído por la ley al fenómeno jurídico de la responsabilidad. Varias son las relaciones legales que conllevan el vínculo causal. Cuando la ley lo tiene en cuenta para establecer la relación entre la culpa y el daño ocasionado, crea una hipótesis legal y abstracta, con destino a ser probada en el juicio, a fin de que las disposiciones que configuran ese fenómeno tengan la debida aplicación en el caso que se falla. Así, sería cuestión de puro derecho y, por tanto, motivo de acusación por violación directa o error jurídico si el fallador negase que para que haya responsabilidad por culpa es necesaria la relación de causa a efecto, o que desconociese, sin embargo, de estar probada la relación de causalidad, las normas que determinan esa condición como esencial para la impugnación respectiva y que, tales razones determinasen la absolución del demandado; pero si el fallador no niega el principio citado, y antes lo afirma, y además encuentra probada en el expediente la relación de causalidad que la ley

supone, no incurre en error jurídico, porque no hay desvío en la aplicación de la norma.

El concepto de culpa a que se refieren las disposiciones legales que la suponen y regulan, abarca órbita tan vasta y extensa, que no es posible sintetizarlo con riguroso criterio de precisión. De allí la necesidad de que en cada caso concreto y vistos los diversos elementos de comprobación facilitados al juzgador, deba éste apreciar la conducta constitutiva, causa generadora de la culpa y sus efectos, y que su criterio, como subjetivo y nacido de la convicción formada por los elementos probatorios, deba ser mantenido y respetado en casación, a menos de demostrarse el evidente error de hecho en que haya podido incurrir. Son cuestiones de hecho las relativas a la existencia del daño, su cuantía y la realidad de los actos u omisiones que de la responsabilidad se hayan derivado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, cuatro de septiembre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Enrique Coral Velasco).

Ante el Juez Civil del Circuito de Ciénaga demandó Eduardo Pardo a Ismael Alberto Noguera, en juicio ordinario, para que se obligue al demandado a pagarle la suma de sesenta mil pesos o la que se indique por peritos, como daño emergente por la pérdida o destrucción de 28 hectáreas de bananos cultivados en la finca "San José Norte", ubicada en el Municipio de Aracataca, y determinada por los linderos que fija el hecho 1º del libelo; como también a pagarle el lucro cesante "del valor de los perjuicios sufridos en la finca 'San José Norte' antes descrita en el aparte primero de esta demanda, mediante liquidación hecha por peritos", y a la condenación en costas.

Como hechos expresa el libelo los que en síntesis se exponen de la siguiente manera:

Que el demandante es dueño y poseedor de la finca dicha desde el año de 1924; que el inmueble, desde el año de 1921 ha tomado las aguas para el riego por el canal o cogedero denominado "El Limón", que tiene su bocatoma en el canal o acequia "Buena Vista", ubicado en la hacienda "Macaraquilla", usufructuada ésta por el demandado Noguera; que la hacienda "San José Norte" tiene una servidumbre de acueducto a su favor y en contra de la hacienda "Macaraquilla", para tomar las aguas por el canal o cogedero "El Limón" directamente de la acequia o canal "Buena Vista", cuya bocatoma se halla en la hacienda "Macaraquilla", que consta dicha servidumbre en la escritura número 335 de 26 de junio de 1912, otorgada en la Notaría Primera de Santa Marta, por la cual Ricardo E. Echavarría vendió a la United Fruit Co. la hacienda "Macaraquilla", y en la escritura número 88 de 21 de julio de 1949, de la Notaría Primera de Santa Marta, por la cual la Magdalena Fruit Co. o Compañía Frutera de Sevilla vende al demandado y a Joaquín Campo Serrano el canal de "Buena Vista"; que desde el mes de enero de 1950 Ismael Alberto Noguera inició la ejecución de actos perturbatorios para impedir que el inmueble del demandante reciba las aguas por el canal "El Limón"; que desde el mes de marzo de 1951 el demandado "terraplenó o cegó en una gran extensión el cauce del cogedero 'El Limón', en la parte ubicada en la hacienda 'Macaraquilla', a fin de que dicho cogedero 'El Limón' no tomara las aguas de la acequia 'Buena Vista' o 'Macaraquilla' "; que el terraplén o relleno puesto al cauce del cogedero "El Limón" en marzo de 1951, cegó por completo dicho canal y privó de aguas para el riego de los cultivos del demandante; que "el demandado Ismael Alberto Noguera, previendo las consecuencias perjudiciales de sus actos y tratando de evadir su grave responsabilidad, resolvió de motu proprio, en el mes de septiembre de 1951, dejar libre el cauce del cogedero 'El Limón', y fue así como a mediados de dicho mes de septiembre del año de 1951 quitó el terraplén o relleno que había puesto en dicho cogedero tratando así de borrar la causa de los perjuicios ocasionados, ya que la finca 'San José Norte' se había perdido por falta de agua para sus cultivos desde el mes de marzo de 1951".

La sentencia de primer grado hizo las declaraciones solicitadas en la demanda y condenó a la indemnización de perjuicios en abstracto, sentencia que fue apelada por la parte demandada.

El Tribunal confirmó la sentencia recurrida, "con la adición de que el daño emergente se establecerá con arreglo a las bases que existen en el proceso, a que hace referencia la parte motiva, y el lucro cesante teniendo en cuenta el monto de aquél para efecto de los intereses legales. Todo de conformidad con los artículos 480 y 553 del Código Judicial".

El recurso de casación fue interpuesto por la parte demandada a quien el fallo de instancia perjudica.

LA SENTENCIA ACUSADA

En cuanto a la imputación a Ismael Alberto Noguera por haber cegado una gran extención del cauce del cogedero "El Limón", estudia la relación de causalidad, entre ese hecho y el perjuicio respectivo, en los siguientes términos:

"Se ha demostrado por un sinnúmero de testigos contestes, cuyas transcripciones aparecen líneas arriba, que la finca de guineo 'San José Norte' se perdió a causa del *averanamiento* (que se averanó), con lo que quiere significarse que los cultivos de guineo se perdieron por falta de agua, pues es bien sabido que las plantas y cultivos en general requieren el elemento agua para su nacimiento, crecimiento, desarrollo y sostenimiento, y entre ellos las plantaciones de guineo, casi de manera constante.

"También se prueba que la falta de agua se ocasionó precisamente porque su dueño Eduardo Pardo no pudo seguir beneficiándose o tomando las aguas para el reguío de su finca, por el cogedero 'El Limón', con motivo de los trabajos efectuados en lugares adyacentes al cogedero por orden de Ismael Alberto Noguera S., trabajos que impedían que las aguas del canal 'Polvorita' llegaran hasta allí o pudieran correr por su cauce, aniquilándose en esta forma la servidumbre de riego a que el actor tenía derecho y que el demandado estaba en la obligación de respetar y cumplir hasta tanto lo autorizara el desconocimiento de la servidumbre un medio legal o simplemente lícito; pero nunca uno dañoso o culposo.

"Nada hizo el demandado para demostrar que otra fuera la causa del *averanamiento* de los cultivos de guineo, o que ellos se hubieran perdido por acción de la plaga 'sigatoca' o por cualquiera otra causa distinta a la sequía de las tierras como consecuencia de la falta de agua del cogedero 'El Limón'. Como tampoco probó que el actor tuviera culpa en el perjuicio recibido porque hubiera contribuído, por acción u omisión, a tal hecho.

"Las probanzas aportadas por la parte actora no fueron contradichas ni desvirtuadas.

"Queda establecido, pues, la relación de causalidad entre el hecho dañoso y el perjuicio producido".

En lo tocante a la condena de perjuicios en abstracto el Tribunal afirma:

"La demanda pide que se condene al pago de sesenta mil pesos por daño emergente, pero a este respecto ninguna prueba se trajo. Nada en concreto se demostró. La condena ha de proferirse necesariamente en abstracto. Las bases tienen que ser la existencia de cultivos de guineo en una extensión nunca mayor a veintiocho (28) hectáreas (que fue lo comprado por Pardo) para la época en que la finca comenzó a averanarse o perderse por la falta de agua en el año de 1951, con posterioridad al mes de marzo, sin descuidar la calidad del guineo, teniendo en cuenta las tierras, la plaga de la 'sigatoca' y demás circunstancias especiales que rodean esta clase de plantaciones. El expediente arroja alguna luz sobre el particular, y al fijarse la cuantía deben tenerse en cuenta esas pruebas.

"En múltiples fallos la honorable Corte Suprema de Justicia, obedeciendo un principio esencial de derecho, ha repetido que quien demanda la indemnización de un perjuicio está obligado a probar su existencia y extensión demostrando primero los hechos que los constituyen y luego su cuantía, o por lo menos las bases para determinarla.

"Aquí se probaron los hechos que constituyen el perjuicio y el perjuicio mismo, pero no se demostró el valor de la cuantía que exige la demanda ni otra cualquiera. Hay bases para señalar el valor de los perjuicios materiales con relación a las pruebas aportadas (daño emergente), mas en cambio no existe base alguna en el proceso para determinar el monto del lucro cesante, que no se probó. En tal caso se estará a lo que la jurisprudencia ha resuelto al respecto, pues no toda actividad comercial, industrial o económica da rendimiento lucrativo en todo momento, aun cuando ese fin lucrativo sea lo fundamental en cada organización o actividad con carácter comercial".

A continuación el Tribunal se detiene en el análisis de la acción incoada, y discurre de esta manera:

"No sobra advertir que la acción promovida es la concerniente a la responsabilidad civil extracontractual por hecho propio, directo y personal del demandado, sin consideración a otra persona, pues pudiera pensarse que siendo, conforme son, Ismael Alberto Noguera S. y Joaquín Campo Serrano dueños de los canales 'Dinamita' y 'Polvorita', la acción hubiera tenido que intentarse contra ambos. En este caso de autos no se trata de una acción sobre imposición, variación o extinción de servidumbre, o sobre el modo de ejecutarla, sino de acción indemnizatoria con base en el artículo 2341 del Código Civil, que es cosa distinta, aun cuando el hecho culposo se hubiera ocasionado por razones de una

servidumbre. Probado está que el actor acudió a los medios legales para que no se le estorbara en el ejercicio de su derecho, y aun acudió a sus propios trabajadores, pero nada le valió. En cambio, el demandado no adujo prueba alguna de que hubiera recurrido a los medios legales que le eran lícitos para dar por terminada esa situación de derecho, sino que prefirió apelar a las vías de hecho.

"Empero si aún el hecho culposo tuviera que extenderse a Joaquín Campo Serrano, por su carácter de condueño en dichos canales de riego, el artículo 2344 del Código Civil permite adelantar la acción contra uno de ellos, puesto que si el delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas (en el asunto sub júdice habría apenas una mera presunción en razón de la comunidad, pero no por los hechos) *cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa,* salvas las excepciones de los artículos 2350 y 2355, que aluden a casos diferentes.

—

"Resumen:

"1. La parte demandada al no contestar la demanda, aceptó implícitamente los hechos establecidos en el libelo.

"2. El actor demostró su derecho de dominio y ser el usufructuario de la finca 'San José Norte' (hecho 1º).

"3. El demandante acreditó su posesión material en dicha finca, mediante la explotación económica con cultivos de guineo, sin determinarse la extensión de éstos (hecho 2º).

"4. El actor probó que la plantación de guineo estaba asistida de la campaña contra la *sigatoca,* pero no satisfacen las pruebas sobre la buena calidad de la fruta y su abundante producción (hecho 3º).

"5. Se comprobó también que la finca 'San José Norte' tomaba las aguas para su riego del cogedero 'El Limón' (hecho 4º).

"6. Quedó plenamente establecido el derecho a la servidumbre de riego por el cogedero 'El Limón' (hecho 5º).

"7. Se demostró asimismo que el demandado desde enero de 1950 venía con el propósito de estorbar esa servidumbre (hecho 6º).

"8. La parte actora probó el hecho calificado de culposo en el demandado por las actividades que se le atribuyeron (hecho 7º).

"9. Los trabajos que se realizaron por disposición del demandado y bajo su consentimiento, produjeron el fenómeno externo de que el cogedero 'El Limón' se quedara sin aguas (hecho 8º).

"10. Se estableció la relación de causalidad entre la sequía del cogedero y la pérdida de los cultivos de guineo en la cantidad existente a esa época (hecho 9º).

"11. La finca 'San José Norte' perdió sus plantaciones de guineo desde mediados del año de 1951 por falta de agua (hecho 10).

"12. El demandante no demostró la cuantía del daño emergente en cifra alguna; apenas existen en el proceso algunas bases para fijarla, que se tendrán en cuenta (primera petición).

"13. Sobre lucro cesante no hay nada que dé alguna luz al respecto. La honorable Corte Suprema de Justicia ha dicho: 'Ante la imposibilidad de fijar las bases para que el monto del lucro cesante se determine mediante el procedimiento establecido por el artículo 553 del Código Judicial, la Corte ha decidido que ese lucro cesante esté representado por los intereses legales de la cantidad que se fije como monto del daño emergente' (petición segunda).

"14. Prosperan las costas en ambas instancias (tercera petición).

"15. La condena será en abstracto".

LA DEMANDA DE CASACION

"*Primer cargo.* (Causal segunda de casación). No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. El actor demandó a don Ismael Alberto Noguera por haber cegado en una gran extensión el cauce del cogedero 'El Limón', y el Tribunal lo condenó, no porque se hubiera establecido relación de causalidad entre ese hecho y el perjuicio, sino porque dejó de llegar agua a la finca del demandante debido a obras que se hicieron en la región, entre las cuales están las que verdaderamente ocasionaron la falta de agua, pero que no le son imputables al señor Noguera. Basta con los párrafos de la sentencia transcritos en la segunda parte de esta demanda y puestos en relación con los hechos 7º, 8º y 9º de la demanda, para evidenciar la falta de consonancia de la sentencia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes".

Se considera:

Los hechos constitutivos que el actor presenta como fundamento de su pretensión y los impeditivos o extintivos o excepciones en sentido procesal expuestos por el demandado en la réplica, le dan fisonomía a la acción, circunscriben el campo del debate judicial y limitan la función del Juez a resolver sobre lo que se ha propuesto como causa petendi o fundamentos de hecho.

El efecto jurídico pretendido por la demanda y expuesto en el petitum debe tener como respaldo la ley, que se presume conocida por el Juez, y la verdad de los hechos demostrada por los medios de convicción preestablecidos por la tarifa probatoria. Para que la demanda sea fundada es necesario que las condiciones de hecho que en abstracto supone la norma correspondan con los hechos concretos deducidos por la parte, a quien le atañe precisarlos como determinantes del derecho invocado: de allí que la parte resolutiva de la sentencia, donde está su imperio, debe coincidir exactamente con las pretensiones de las partes oportunamente deducidas en el juicio y, de allí también, que no pueda concederse más de lo pedido, ni resolverse sobre cuestiones que no fueron objeto del litigio, ni dejarse de decidir sobre las defensas opuestas por el demandado.

Los hechos constitutivos de la demanda con que se abrió este juicio aseveran que el demandado Noguera, "... ante sí y por sí, terraplenó o cegó en una gran extensión el cauce del cogedero 'El Limón', en la parte ubicada en la hacienda 'Macaraquilla', a fin de que dicho cogedero 'El Limón' no tomara las aguas de la acequia 'Buena Vista' o 'Macaraquilla'" (hecho 7º de la demanda), y que "el terraplén o relleno puesto por orden y cuenta del demandado Ismael Alberto Noguera al cauce del cogedero 'El Limón' en marzo de 1951, cegó por completo dicho canal y privó de aguas para el riego los cultivos de las 28 hectáreas de bananos de la finca 'San José Norte' ya expresada..." (hecho 8º).

El Tribunal tuvo por comprobados esos hechos y así lo afirma en la sentencia recurrida:

"De los dictámenes periciales es uniforme de conformidad con el artículo 722 del Código Judicial, los que rinden el principal José Manuel Fernández y el tercero Hernando Barros, de los cuales se destaca que los trabajos efectuados por Ismael A. Noguera en la carretera de 'Macaraquilla' ocasionó la pérdida de la borda derecha del canal 'Dinamita', *lo que de todas maneras impedía que las aguas, aún sin el desvío de 'Polvorita', fueran al cogedero 'El Limón'*, 'porque antes de llegar las aguas a la boca del cogedero 'El Limón' se perdían debido a que la carretera le había destruído la borda derecha al cogedero 'Dinamita', esparciéndose como es natural las aguas'.

"Luego, el daño de todas maneras lo sufría el cogedero 'El Limón', en virtud de los trabajos verificados en la carretera".

Las transcripciones anteriores comprueban, por sí solas, que la sentencia se ajustó a los términos de la demanda y que, en consecuencia, el cargo por incongruencia carece de fundamento.

Segundo y tercer cargo.

"*Segundo cargo.* Violación, por infracción directa del artículo 2341 del Código Civil y de los artículos 2342 a 2360, inclusive, en cuanto exigiendo esos textos una relación de causalidad entre la culpa y el daño, el Tribunal los aplicó después de reconocer que no se había podido establecer la relación de causalidad entre la culpa imputada a don Ismael Alberto Noguera en la demanda y el daño sufrido por el actor.

"*Tercer cargo.* Subsidiariamente y para el caso de que la Corte encuentre (cosa que yo no he podido encontrar) la afirmación de que el daño sufrido por el actor fue causado por el hecho imputado en la demanda a don Ismael Alberto Noguera (terraplén del cauce del cogedero 'El Limón'), acuso la sentencia por indebida aplicación del artículo 2341 y de los artículos 2342 a 2360, inclusive, del Código Civil, como consecuencia del error de hecho en que habría incurrido el Tribunal al dar por establecido que fue el hecho imputable a don Ismael Alberto Noguera el que ocasionó el perjuicio.

"En efecto, de todos los elementos probatorios que aparecen en autos sólo hay una afirmación del apoderado del actor, contradicha por el demandado, en el sentido de que primero se hizo el terraplén en el cauce del cogedero 'El Limón' y después vino el corte que hizo el cauce nuevo del cogedero 'Polvorita' al cauce viejo de la acequia 'Dinamita'.

"Para que hubiera una relación de causalidad entre el hecho imputado a don Ismael Alberto Noguera, y los perjuicios sufridos se hubiera necesitado demostrar dos cosas: a) Que efectivamente fue primero el terraplén que el corte, y b) Que desde que se hizo el terraplén y antes de que se hiciera el corte no volvió agua al terreno del actor.

"Sobre lo primero no hay sino una afirmación del apoderado del actor, contradicha por el de-

mandado. Y sobre lo segundo no se intentó siquiera una demostración''.

Se considera:

1º La relación de causalidad no es un supuesto exclusivamente atribuído por la ley al fenómeno jurídico de la responsabilidad. Varias son las relaciones legales que conllevan el vínculo causal. Cuando la ley lo tiene en cuenta para establecer la relación entre la culpa y el daño ocasionado, crea una hipótesis legal y abstracta, con destino a ser probada en el juicio, a fin de que las disposiciones que configuran ese fenómeno tengan la debida aplicación en el caso que se falla. Así, sería cuestión de puro derecho y, por tanto, motivo de acusación por violación directa o error jurídico si el fallador negase que para que haya responsabilidad por culpa es necesaria la relación de causa a efecto, o que desconociese, sin embargo, de estar probada la relación de causalidad, las normas que determinan esa condición como esencial para la imputación respectiva, y que tales razones determinasen la absolución del demandado; pero si el fallador no niega el principio citado, y antes lo afirma, y además encuentra probada en el expediente la relación de causalidad que la ley supone, no incurre en error jurídico, porque no hay desvío en la aplicación de la norma.

El concepto de culpa a que se refieren las disposiciones legales que la suponen y regulan, abarca órbita tan vasta y extensa, que no es posible sintetizarlo con riguroso criterio de precisión. De allí la necesidad de que en cada caso concreto y vistos los diversos elementos de comprobación facilitados al juzgador, deba éste apreciar la conducta constitutiva, causa generadora de la culpa y sus efectos, y que su criterio como subjetivo y nacido de la convicción formada por los elementos probatorios, deba ser mantenido y respetado en casación, a menos de demostrarse el evidente error de hecho en que haya podido incurrir. Son cuestiones de hecho las relativas a la existencia del daño, su cuantía y la realidad de los actos u omisiones que de la responsabilidad se hayan derivado.

El fallador apreció dentro dé la nomenclatura jurídica de la responsabilidad por culpa el caso sub júdice, y aplicó las disposiciones que regulan esa materia. Los hechos, en el caso de ataque por violación directa, se toman en casación sin variar la apreciación cumplida por el Tribunal; y si a éstos, sin modificar la estructura jurídica, el Juez aplica las normas legales adecuadas, no hay violación directa, y por eso no es suficiente asegurar que la ley tiene como supuesto ideológico la relación de causalidad, sino que es preciso demostrar que esa hipótesis corresponde al caso del juicio.

No ignoró el juzgador la existencia de las normas, ni su significado o contenido; antes las tuvo por existentes y las aplicó por encontrar coincidencia entre ellas y la cuestión concreta de hecho adecuadamente calificada, lo cual demuestra que no hubo la alegada violación directa.

2º Sin embargo, de quedar estudiado en el aparte anterior el llamado cargo subsidiario, la Corte, reitera, con respecto a esa clase de censuras, la siguiente doctrina:

''Es pertinente observar que en casación no proceden los cargos subsidiarios, ya que su examen no depende de ninguna condición como sucede con las peticiones eventuales o subordinadas en la acumulación de acciones en una demanda. En efecto, la Corte ha de estudiar todos los cargos cuando no prospera ninguno de ellos, o cuando su éxito sólo determina la casación parcial del fallo recurrido, con la única limitación de que debe proceder en orden lógico, como lo manda el artículo 537 del Código Judicial. Y sólo se encuentra relevada de considerar los restantes, en el supuesto de que prospere alguno, según el artículo 538, ibídem''. (XC, 2207 a 2209-22 y 23. Cas. de febrero 2 de 1959).

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta, de 27 de noviembre de 1958, proferida en el juicio ordinario de Eduardo Pardo contra Ismael Alberto Noguera sobre pago de perjuicios.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

Enrique Coral Velasco, José J. Goméz R., José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada. - Guillermo Ospina Fernández, Conjuez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

REFERENCIA DEL DERECHO CIVIL AL DERECHO CANONICO EN MATERIAS MATRIMONIALES. — PRIVILEGIOS EN FAVOR DE LA FE

Por su esencia la disolución de un vínculo recíproco produce en derecho el efecto necesario de romper para ambas partes el lazo que hasta entonces las ligara. De donde también por necesidad se desprende que la competencia para desatar a una de las dos partes envuelve la liberación de la otra, que en lo jurídico mal podría permanecer unida por vínculo mutuo con quien ha venido a ser ajeno a esa misma relación.

No incumbe a la jurisdicción civil definir si las providencias eclesiásticas están ajustadas a los cánones. Sería el desconocimiento de la autonomía de la Iglesia, cuya libertad e independencia del poder civil, con soberanía para regirse por sus propias leyes y de ejercer su autoridad espiritual y su jurisdicción canónica, como persona jurídica perfecta de derecho público, se halla respetada en Colombia y, en concreto, por la Ley 35 de 1888, que aprobó el Concordato, con fuerza obligatoria tan grave como la que surge de los tratados públicos, y mayor firmeza y estabilidad que las leyes comunes.

Por imperativo reiterado "la legislación canónica es independiente de la civil, y no forma parte de ésta; pero será solemnemente respetada por las autoridades de la República".

(16. Ley 153 de 1887. — 3º Concordato — Ley 35 de 1888).

Este modo de respetar el derecho canónico por referencia formal, en conformidad con doctrina de la Corte en fallos de casación de 15 de mayo de 1954 (LXXVII - 2141-579) y de 30 de noviembre de 1961 (no publicado todavía por la Gaceta Judicial), significa de plano que las leyes eclesiásticas son exequibles y válidas para el derecho civil "con las características intrínsecas y la vigencia y validez que tienen en el ordenamiento de origen", como emanadas de persona jurídica de derecho público eclesiástico, en la que el Estado reconoce potestad legislativa, administrativa y jurisdiccional.

Y dentro de las consecuencias que de ello se desprenden fue señalada en la sentencia de 15 de mayo de 1954 "la imposibilidad de considerar que puede haber conflicto entre la norma civil y la eclesiástica, pues cuando el derecho del Estado defiere formalmente a una institución de derecho conónico, esa deferencia implica que el derecho civil admite la reglamentación canónica relativa a esa institución". O sea precisamente lo que sucede con el matrimonio de los que profesan la religión católica, por referencia al derecho canónico del artículo 17, Concordato-Ley 35 de 1888; y para "las causas matrimoniales que afecten el vínculo del matrimonio y la cohabitación de los cónyuges, así como las que se refieran a la validez de los esponsales", por el artículo 19, ibídem.

El matrimonio entre infieles no está regido en su celebración por los cánones. Pero la infidelidad es susceptible de desaparecer. "Por el bautismo queda el hombre constituído persona en la Iglesia de Cristo, con todos los derechos y obligaciones de los cristianos", según el canon 87.

Desde entonces la nueva persona en la Iglesia queda regida y amparada por el derecho eclesiástico, a que el derecho civil, cuanto a las dichas materias matrimoniales, hace referencia formal con todas sus consecuencias y sin conflicto alguno. Y lo habría por la interferencia del poder civil que suprimiese o recortara el efecto de la regulación canónica sobre la suerte del matrimonio legítimo contraído en la infidelidad por quien abraza después la fe católica mediante el bautismo, o sobre las nupcias de persona "no bautizada con otra bautizada en la Iglesia católica o convertida a ella de la herejía o del cisma".

La cuestión en materia matrimonial canónica, a que defiere el derecho civil, se encuentra especial y expresamente prevista y regulada en las normas eclesiásticas:

"Es nulo el matrimonio contraído por una persona no bautizada con otra bautizada en la

Iglesia o convertida a ella de la herejía o del cisma". (1-1070 C. D. C.).

"El matrimonio legítimo entre no bautizados, aunque esté consumado, se disuelve en favor de la fe por el privilegio Paulino". (1-1120).

"El vínculo del matrimonio anterior celebrado en la infidelidad, se disuelve en el momento preciso en que la parte bautizada celebra válidamente nuevo matrimonio". (1126).

"En caso de duda, el privilegio de la fe goza del favor del derecho". (1127).

Cuando hombre y mujer permanecen por fuera de la Iglesia, el matrimonio civil entre ellos continuará inmutable bajo el imperio privativo de la regulación laica. Mas no cuando el Sumo Pontífice de la Iglesia Católica ha disuelto en favor de la fe el vínculo matrimonial, por cuanto uno de los cónyuges abrazara el catolicismo, y la ley civil defiere a lo que con respecto a los bautizados prescribe el derecho canónico. Y la referencia está hecha por el artículo 19 del Concordato a la autoridad eclesiástica como exclusivamente competente en "las causas matrimoniales que afecten el vínculo del matrimonio". Esto es, según el derecho canónico, ya que no otro aplican las jurisdicciones eclesiásticas. No por implícito es menos claro al respecto el acuerdo del Estado colombiano con la Sede Apostólica.

No corresponde sin conflicto al poder civil discutir la competencia de la Curia Romana para desatar en favor de la fe de quien se bautiza o recibe el credo católico, el vínculo legítimo que por matrimonio civil lo uniera con persona que de su parte continúa en la infidelidad. Ella es materia propia del derecho eclesiástico que regula y concede los privilegios en favor de la fe, con independencia y solemne respeto del poder civil.

Roto así el vínculo matrimonial, desligado queda necesariamente tanto el cónyuge que ingresa y permanece en el catolicismo en razón de su fe como el que no es ni ha sido persona en la Iglesia por estar en la infidelidad. Y si ese vínculo anterior no subsiste desde cuando vino a quedar disuelto en favor de la fe del marido, no se predica que respecto a la mujer no bautizada que con posterioridad contrae nuevo matrimonio civil con otra persona, la causal de nulidad que bajo el número 12 estatuye el artículo 140 del Código Civil.

Por cuanto el privilegio se concede por el derecho canónico estrictamente en favor de la fe, es obvio y necesario que quien lo recibe quede en capacidad de contraer nuevo matrimonio, pero nada más que por el rito católico, y de ningún modo matrimonio civil, que repugna a la naturaleza, significación y alcance del propio privilegio en favor de la fe.

En consecuencia, el beneficiario del privilegio no puede ante el Estado celebrar nuevo matrimonio civil, mientras viva quien contrajo el anterior matrimonio civil con tal beneficiario.

Con los privilegios en favor de la fe podría pensarse que en punto de indisolubilidad del matrimonio fuese más estricto y exigente el derecho civil colombiano que el propio derecho canónico, mas no que dejen de estar regidos los supuestos de hecho por los cánones a que formalmente se refiere la ley del Estado.

Sin embargo, en la materia los dos derechos coinciden a virtud de la referencia formal. Pues si por privilegio en favor de la fe la Santa Sede disuelve el matrimonio legítimo —que es el civil para los no católicos— y el derecho laico defiere a esa institución canónica, no otra cosa que armonía puede hallarse entre las dos legislaciones y las dos potestades de que las normas emanan.

De la manera expuesta el privilegio en favor de la fe es recibido por el derecho civil sin lesión de la norma, según la cual "el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges" (152). En forma expresa no ha dado la ley civil ninguna otra causa de disolución del matrimonio, ni siquiera el divorcio, que apenas "suspende la vida común de los cónyuges" (153); pero sí implícitamente por las causas canónicas que el mismo derecho civil adopta por virtud de referencia formal.

Lo indiscutible ante el Concordato-Ley 35 de 1888 consiste en la potestad canónica del Soberano Pontífice y de la Curia Romana para disolver en favor de la fe el vínculo de matrimonio civil legítimo entre no católicos. Y como este evento de ruptura depende de autoridad tan alta y respetable en la historia, hay distancia para considerar que por ello hubiese en el matrimonio civil incidencia de modalidad suspensiva o resolutoria alguna como potestativa simple de cualquiera de los contrayentes.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.

(Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez).

Bogotá, ocho (8) de septiembre de mil novecientos sesenta y dos.

En el libelo inicial dirigido contra Lore Isaac Abraham, el demandante Hans Walter Ossen Kruger hizo estos pedimentos:

"1º La nulidad del matrimonio contraído por el señor Hans Walter Ossen Kruger con la señora Lore Isaac Abraham el día 22 de noviembre de 1952 ante el señor Juez 7º Civil Municipal de Bogotá;

"2º Condenar a la señora Lore Isaac a pagarle al señor Ossen los perjuicios morales y materiales, causados con su acto doloso de contraer segundo matrimonio estando subsistente y válido otro anterior;

"3º Decretar que como no hubo bienes ni hijos en el matrimonio, no es procedente tomar las medidas de partición y guarda, respectivamente, de éstos;

"4º Declarar a los esposos Ossen y Lore legalmente separados de bienes;

"5º Ordenar el registro de la sentencia de nulidad matrimonial;

"6º Condenar a Lore Isaac al pago de las costas del presente juicio, y

"7º Ordenar el cumplimiento de los demás requisitos del artículo 151 del Código Civil".

Por causa para pedir enumeró los siguientes hechos:

"1º El señor Ossen y la señora Lore contrajeron matrimonio ante le Juez 7º Civil Municipal de Bogotá el día 22 de noviembre de 1952;

"2º La señora Lore Isaac estaba casada anteriormente en matrimonio válido y actualmente subsistente, acto que realizó con el señor Hans Rothschild el día 6 de marzo de 1937, ante el señor Juez 3º Civil Municipal de Bogotá;

"3º Que dado el conocimiento personal y directo para la señora Isaac de un matrimonio anterior, válido y subsistente con el señor Rothschild, claramente se infiere que dicha señora procedió de mala fe al contraer un segundo matrimonio civil con el señor Ossen;

"4º Que la señora Lore Issac ha causado graves e irreparables perjuicios de orden económico y moral al señor Ossen;

"5º Que durante la vida de casados de Lore y Ossen, éstos no han tenido hijos en su matrimonio;

"6º Que en el lapso de subsistencia del matrimonio de los esposos Ossen-Isaac no se han obtenido bienes".

Al contradecir la acción afirmó la demandada que "el día 22 de noviembre de 1952 era soltera, o sea absolutamente libre para contraer matrimonio, pues el celebrado el 6 de marzo de 1937, ante el señor Juez 3º Civil Municipal de Bogotá, con el señor Hans Rothschild fue disuelto por el Romano Pontífice, en favor de la fe como consta en el rescripto de la Sagrada Congregación del Santo Oficio, expedido en Roma el 11 de diciembre de 1948"; protestó por el cargo de mala fe que se le hace en la demanda, desde luego que "consta en la escritura pública que puso todo su empeño en ilustrar al señor Juez 7º Civil Municipal, tanto sobre el hecho de su primer matrimonio como la circunstancia de la disolución de éste por el Soberano Pontífice"; alegó que no se puede solicitar la nulidad del matrimonio Ossen-Isaac con base en el ordinal 12, artículo 140 del Código Civil, pues el varón era viudo, y el matrimonio anterior de la mujer "se había disuelto por decisión del Soberano Pontífice", cuya eficacia civil está reconocida por el artículo 19 del Concordato con la Santa Sede.

Concluyó en primera instancia la litis con pronunciamiento de 10 de febrero de 1959, proferido por el Juez 1º Civil del Circuito de Bogotá, a saber:

"1º Declárase probada la excepción perentoria de falta de acción, respecto de la ejercitada en este negocio.

"2º Niéganse, en consecuencia, las peticiones de la demanda.

"3º Niéganse las demandas consecuenciales incoadas con la principal.

"4º Las costas del juicio son de cargo de la parte demandante. Tásense".

Con fecha 22 de agosto de 1961 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó el fallo apelado por la parte actora, la que interpuso el recurso de casación ante la Corte.

EL FALLO ACUSADO

El sentenciador encuentra cinco hechos comprobados en el proceso:

1. El Matrimonio civil contraído el 6 de marzo de 1937, ante el Juez 3º Civil Municipal de

Bogotá, por Hans Rothschild, acatólico bautizado, y Lore Isaac, hebrea.

2. La disolución, en favor de la fe, del mismo matrimonio "para que el peticionario Hans Rothschild, que abrazó la fe católica, pueda contraer ante la Iglesia válida y lícitamente nuevas nupcias con mujer católica, "según rescripto dado en Roma el día 11 de diciembre de 1948 por la Sagrada Congregación del Santo Oficio.

3. La revalidación, el 2 de abril de 1949, a virtud del mismo rescripto y ante el Cura Párroco de San Fernando Rey, de Cali, del matrimonio que contrajo Hans Rothschild, bautizado en la parroquia de San Victorino de Bogotá el 3 de octubre de 1946, con Marina Gómez, bautizada en Girardot el 12 de agosto de 1922.

4. El matrimonio contraído el 22 de noviembre de 1952, ante el Juez 7º Civil Municipal de Bogotá, por Hans Walter Ossen, de religión hebrea, con Lore Isaac, de la misma confesión religiosa y en calidad de soltera por haber sido disuelto su primer matrimonio con Hans Rothschild por el Romano Pontífice, y

5. El reconocimiento judicial hecho por Hans Walter Ossen al absolver posiciones dentro del juicio, de que "cuando intentaba contraer matrimonio con la señora Lore Isaac, sabía que ella había estado casada con el señor Hans Rothschild, y que este matrimonio había sido resuelto por el Sumo Pontífice en favor de la fe".

Se refiere a lo que preceptúa en su numeral 12 el artículo 140 del Código Civil; a la pretensión de que está vigente el vínculo Rothschild-Isaac, por cuanto la autoridad eclesiástica no tuviese competencia para disolverlo, según lo entiende el actor; y después de aludir a doctrinas de la Corte para extraer como postulados el respeto civil por la legislación canónica y la jurisdicción eclesiástica, lo mismo que "obviamente el reconocimiento de los efectos que dimanan de los fallos eclesiásticos", el Tribunal transcribe el canon 1120 y comentarios sobre el privilegio Paulino, que disuelve en favor de la fe el matrimonio legítimo entre no bautizados, y expone:

"Este fue el caso del matrimonio precitado. Está expresamente contemplado por el inciso 2º del canon 1120. Si no hubo dispensa del impedimento de disparidad de cultos, es aplicable el privilegio Paulino. La jurisdicción de la Iglesia dimana del bautismo del consorte acatólico y bautizado. Este sacramento lo convierte en súbdito de la Iglesia y determina la competencia de Ella sobre el vínculo matrimonial, aunque el matrimonio sea civil. Así lo prescribe el canon 1960, que figura en el Capítulo 1º, intitulado *Del fuero competente,* del título 20 que trata *De las causas matrimoniales,* y que es del siguiente tenor: 'Las causas matrimoniales entre bautizados pertenecen por derecho propio y exclusivo al juez eclesiástico'. Texto que recoge —según los comentaristas— un principio de derecho público eclesiástico; y que se extiende también a los matrimonios mixtos, en que uno de los cónyuges es cristiano (esto es bautizado) y el otro infiel; pues así lo exige la indivisibilidad del contrato matrimonial.

"De lo expuesto —continúa el sentenciador— se deducen las siguientes conclusiones:

"Que la ley canónica es la que rige los efectos de la disolución de un matrimonio decretada por la jurisdicción eclesiástica. El artículo pertinente es el 1126, cuyo tenor es:

"'El vínculo del matrimonio anterior celebrado en la infidelidad se disuelve en el momento preciso en que la parte bautizada celebra válidamente nuevo matrimonio'.

"Por eso el rescripto aludido, concedió la gracia 'para la disolución, en favor de la fe, 'del matrimonio de que se habla arriba', para que el peticionario Hans Rothschild, que abrazó la fe católica, pueda contraer ante la Iglesia válida y lícitamente nuevas nupcias con mujer católica. Y como tal vínculo lo contrajo con Marina Gómez el 9 de abril de 1949, en ese momento preciso quedó disuelto el que había celebrado con Lore Isaac.

"De donde se sigue que cuando la señora Isaac se unió en matrimonio civil con Hans Walter Ossen, el 22 de noviembre de 1952, no estaba subsistente el vínculo anterior, razón por la cual no es nula la segunda unión".

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El libelo afirma que "está libre de vacilaciones y titubeos el hecho de que la jurisdicción civil es la única competente para decidir sobre las consecuencias civiles de la unión, cualquiera sea su tipo, y para resolver los conflictos que sobre nulidad, divorcio y mera separación, surjan en función de matrimonios civiles, en tanto que la Iglesia es la sola autorizada a decidir sobre los problemas personales cuando el matrimonio se celebró por el rito católico". Pensamiento que concreta así:

"... el matrimonio civil no puede ser juzgado y calificado en la totalidad de sus efectos personales y civiles, más que por el Juez Civil. Y

la Iglesia no tiene, ni puede, ni quiere tener competencia para decidir sobre los efectos de la unión civil".

En torno a ese planteamiento hace otras consideraciones explicativas, y continúa:

"De lo cual se deriva en orden al caso estudiado, que un matrimonio civil no puede ser considerado disuelto, nulo o anulado, sino en razón de sentencia firme de Juez Civil colombiano. Así lo impone la más elemental consideración de las normas pertinentes, de la lógica y del sentido común".

Comenta el rescripto de la Santa Sede sobre el privilegio Paulino, y lo entiende en el sentido de que "se circunscribe con ponderación a decir que el cónyuge peticionario está, en razón de su nueva fe, autorizado para contraer matrimonio *válido y legítimo ante la Iglesia,* con mujer distinta de su mismo credo".

"Con la lógica del Tribunal —expresa el recurrente— la señora Lore Isaac, judía en todo y siempre, resulta afectada, diríase que favorecida, por la opinión de autoridad religiosa distinta de la suya, sustraída a la legislación del país conforme a cuyas normas contrajo matrimonio, y autorizada para contraer nuevo matrimonio estando vivo el primer marido, y sin que el primero haya sido cancelado judicialmente, sin que en nada se afecten las normas religiosas y las leyes civiles que a una y enfáticamente repudian la bigamia y el divorcio vincular. Y todo esto en nombre de quién sabe qué moral".

Entiende que el fallo acusado conduciría a extremos absolutamente censurables, y con el propósito de demostrarlo dice:

"En efecto, y las cosas han de encararse tal como son y sin reticencias, si el matrimonio civil (que corresponde sólo a los no católicos) puede disolverse cuando uno cualquiera de los interesados decide terminarlo y abrazar la religión católica, sin necesidad de intervención judicial, más todavía, sin posibilidad de ella, se habría operado en nuestra legislación un cambio radical y sin el concurso del Congreso: el matrimonio ya no sería disoluble sólo por muerte de uno de los cónyuges, sino también por declaración y actuación unilateral de uno solo de ellos. Y si dicho matrimonio válido pudiera anularse por el matrimonio religioso posterior de uno de los contrayentes, se agregaría a las causales consagradas por el Código como exclusivas (Ley 57 de 1887, a. 16), una que pendería del solo arbitrio del interesado: cambio de religión o adquisición de una, la católica. Y si el matrimonio civil subsistiera apenas hasta las nupcias católicas por parte del converso bautizado, el matrimonio estaría sometido a condición resolutoria, o habría un divorcio vincular bajo condición suspensiva, con el agravante de que en ambos casos el evento futuro e incierto estaría sometido en últimas a la decisión unilateral del beneficiario. Y todo esto en relación con la más importante institución del derecho familiar, el matrimonio, con sus enormes implicaciones que para el orden social, la moral y el derecho tienen la fijeza y estabilidad suya".

Sobre los rescriptos de la Santa Sede aduce que son respuestas a los bautizados, de interpretación restrictiva, que no crean a favor o a cargo de los infieles situación jurídica alguna. De que desprende:

"Acatólica, no solicitante, extraña al planteamiento, la señora Lore Isaac no es destinataria de la opinión Papal, y no puede perjudicarse con ella o derivar de allí ventaja alguna".

Sostiene, además, que el rescripto no es una decisión jurisdiccional en causa de matrimonio, donde se destaca el papel del *defensor del vínculo,* sino "una simple dispensa del pecado de bigamia que comete quien se casa por segunda vez estando vigente el primer matrimonio"; que de suyo el rescripto no disolvió el vínculo "ni siquiera para ante la Iglesia", pues no se encuentra noticia de auto o providencia de la Curia por cuyo conducto se elevó la solicitud, la de Bogotá, "ni de las interpelaciones hechas a la cónyuge Lore Isaac a través de aquélla o directamente por el marido, 'como requisito indispensable para la validez del segundo matrimonio (el católico), dentro de las prescripciones canónicas (c. 1121)' ".

Arguye en el sentido de que la unidad matrimonial o del estado civil "ha sido revaluada y archivada por las necesidades cotidianas", en varias hipótesis que presenta, para deducir de allí que "la famosa unidad no es más que una palabra con que se pretende ornamentar una decisión ilegal".

Por último, entiende que el Tribunal no cayó en la cuenta, con respecto al matrimonio Rothschild-Gómez en 1949, "de que el estado civil se prueba en Colombia por las actas del registro civil y que las partidas de origen eclesiástico son meras pruebas supletorias a partir de la Ley 92 de 1938, cuya admisión exige la prueba de la falta de medio principal. De modo que si de matrimonio se trata, y si éste se afirma haber sido celebrado y revalidado en Cali, la prueba idónea es la atestación notarial, ausente aquí, cuya fal-

ta no ha sido justificada para que así entre a funcionar la prueba supletoria''. De lo cual deduce que aun a pesar de su tesis reiteradamente sostenida de la inaplicabilidad de la legislación canónica al matrimonio civil, el de que se trata, Rothschild-Isaac, ''no puede ser tenido como disuelto, ya que el supuesto cardinal del canon 1126 no aparece acreditado: el matrimonio posterior del cónyuge privilegiado''.

De su exposición el recurrente desprende tres cargos:

I. ''Interpretación errada y aplicación indebida del artículo 19 del Concordato de diciembre 31 de 1887, Ley 35 de 1888. Violación directa de los artículos 140 (12º), Código Civil, 15, 16, 17 y 18 de la Ley 57 de 1887, 51 de la Ley 153 de 1887, 152, 1740 y 1741 del Código Civil, y del 2º de la Ley 50 de 1936''.

II. ''Violación directa e interpretación errada de los cánones 36, 49, 50, 51, 55, 68, 87, 1012, 1014, 1015, 1016, 1069, 1070, 1071, 1099; interpretación errónea y aplicación indebida de los cánones 1120, 1124, 1125, 1126, 1127, 1133, 1960. Error de hecho evidente y error de derecho en la interpretación del rescripto Paulino de diciembre de 1948. Quebranto de los cánones 45, 50, 68, por olvido de aplicación, aplicación indebida de los cánones 1120, 1126, 1960. Todo dentro del quebranto general del artículo 19 de la Ley 35 de 1888, por los mismos conceptos, y para concluír de nuevo en violación directa de los artículos 140, Código Civil, 15, L. 57 de 1887, 152, 153, 1740, 1741, Código Civil, 2º. L. 50 de 1936''.

III. ''Error de hecho evidente, error de derecho en la apreciación de la prueba del matrimonio Rothschild-Gómez, aplicación indebida del canon 1126, defecto de aplicación de los artículos 140, 1740, 1741, Código Civil, 15 de la Ley 57 de 1887 y 2º de la Ley 50 de 1936''.

En fin, llega a enumerar conclusiones que pueden resumirse así:

1ª El matrimonio civil no es susceptible de juzgamiento sino por los Jueces Civiles; no hay nulidades distintas de las que taxativamente fija el Código Civil, y el matrimonio no es disoluble sino por muerte de uno de los cónyuges. Por manera que ''crear o pretender introducir un motivo adicional de nulidad o de disolución del matrimonio, por privilegio Paulino'', envuelve violación flagrante del artículo 19 del Concordato y de las normas sustanciales sobre nulidad del matrimonio por vínculo anterior vigente.

2ª En la hipótesis de que la autoridad eclesiástica tuviese intervención en el matrimonio civil, el resultado sería el mismo, porque el primer vínculo entre Rothschild y Lore Isaac no quedó disuelto, desde luego que el único beneficiario de la dispensa fue el marido, sin que pueda extenderse a la mujer, que no pertenece a la Iglesia, y es por ello extraña a sus providencias y causas. Por lo cual se olvidó que la Iglesia respeta y atiende el matrimonio civil entre infieles como legítimo, sin que pretenda regirlo por el derecho canónico; se interpretó y aplicó erróneamente el privilegio Paulino, pues ''no se tuvo en cuenta que la validez de las nuevas nupcias se subordina a la ejecución del rescripto (como rescripto que es, c. 55), y a la evidencia y realidad de las interpelaciones (c. 1121), para una aplicación indebida del canon 1126 y a través de una equivocada hermenéutica del 1960''.

3ª Toda la argumentación del Tribunal se funda en el supuesto de un matrimonio católico entre Rothschild y Marina Gómez, que como carece de prueba, ''el andamiaje se derrumba'' por error de derecho consistente en estimar como bastante y completa la partida eclesiástica al respecto, que como supletoria exige para su recepción que se justifique y acredite la ausencia del acta civil, lo que aquí no se hizo.

LA REPLICA

Después de breve reseña histórico-doctrinal acerca del matrimonio, se refiere el opositor al preámbulo de la Carta para destacar que allí se contiene '' el reconocimiento hecho por los partidos políticos de que la religión católica, apostólica y romana es la de la Nación, y que como tal los poderes públicos la protegerán y harán que sea respetada como esencial elemento del orden social''.

Contradice la tesis del recurrente en lo que respecta a la competencia exclusiva de los Jueces Civiles en materia de matrimonio de los no católicos, porque el artículo 19 del Concordato ''defiere a la autoridad eclesiástica la competencia para las causas matrimoniales que afectan el vínculo, sin mencionar específicamente que se trate de matrimonios católicos'', y expone:

''El asunto, para decirlo de una vez, no es tan simple. Una cosa es la celebración del matrimonio, ya se trate de católicos o de no católicos (bautizados o infieles); otra son sus efectos ante la ley eclesiástica y ante la ley civil; y

una tercera las causas o procesos que pueden afectar el vínculo y la competencia de la autoridad a quien corresponde conocer de ellos y decidir''.

Se refiere a que ''la Iglesia considera válido y legítimo el matrimonio civil de no católicos (acatólicos bautizados e infieles), pero al paso que no adquiere competencia alguna sobre el matrimonio de los infieles sino en el momento en que uno de ellos o ambos se convierten a la fe católica, en el caso del matrimonio entre acatólicos bautizados la adquiere desde la celebración del mismo, aunque sólo uno de los contrayentes sea bautizado, cánones 87, 1960, e Instrucción *Provida Mater,* a. 1º...''.

Alude a interpretaciones en su sentir anticoncordatarias del artículo 19 como aplicable exclusivamente a los matrimonios católicos; a doctrinas y opiniones sobre la materia, y añade:

''Ahora bien, después de la brillante sentencia de la honorable Corte Suprema de Justicia de 15 de mayo de 1954 *(Gaceta Judicial,* Tomo LXXVIII, p. 581, 2ª), y esta tesis al parecer la acepta el recurrente, no cabe duda que la interpretación del concepto 'causas matrimoniales', consignado en el artículo 19 del Concordato, debe hacerse 'según los criterios que establece el mismo derecho canónico', sin 'que pueda haber conflicto entre la norma civil y la eclesiástica' ''.

Trae algunas citas de canonistas con el propósito de demostrar que dentro de las causas matrimoniales del artículo 19 del Concordato está comprendido el privilegio Paulino, como texto inspirado en la doctrina de Benedicto XIV. Por lo que tiene plenos efectos civiles en Colombia la disolución del vínculo del matrimonio civil en favor de la fe, así sea por privilegio Paulino o por dispensa pontificia, de suerte que el nuevo matrimonio por el rito católico tiene plenos efectos civiles y no constituye bigamia, puesto que desapareció el vínculo del primer matrimonio.

Sobre la naturaleza de los rescriptos eclesiásticos contradice al recurrente y encuentra errónea la creencia de que la respuesta se produzca ''sin proceso previo y sin la intervención del cónyuge infiel, cuyo matrimonio disuelve en favor de la fe''.

Del rescripto atinente al caso de autos, transcribe:

'' 'Disolución del vínculo en favor de la fe.

'' 'En la Curia de Bogotá *se hizo el proceso* para obtener la disolución, en favor de la fe, del matrimonio contraído en el año de 1937 entre *Hans Rothschild,* acatólico bautizado, y *Lore Issac,* hebrea'. Subraya y comenta:

''Es sabido que a la solicitud de la gracia de disolución del vínculo en favor de la fe precede un proceso, no por reservado menos real, dentro del cual se interpela al cónyuge infiel y se observa también la intervención del defensor del vínculo. El proceso que adelanta la Curia correspondiente es revisado por la Sagrada Congregación del Santo Oficio, la cual después de 'discutir maduramente el caso, conforme a las reglas establecidas', da su consejo favorable o desfavorable al Soberano Pontífice sobre la disolución del vínculo matrimonial''.

Cuanto al privilegio Paulino (c. 1120) y a la disolución del vínculo en favor de la fe (c. 1125), los distingue, pues si bien dicen ambos relación al matrimonio de no católicos, el primero, el *Paulino,* contempla el de infieles, en tanto que el segundo, llamado privilegio *Petrino,* se aplica a matrimonios legítimos cuando uno de los cónyuges, sin ser católico, ha sido válidamente bautizado fuera de la Iglesia. En el primero, la competencia para los efectos de los cánones 1121 y ss. corresponde al Ordinario del cónyuge convertido y, salvo en el caso de dispensa de las interpelaciones, no requiere intervención de la Silla Apostólica; mientras que cuando se trata de disolver el vínculo en favor de la fe por virtud del canon 1125, si bien la competencia corresponde al Ordinario para instruír el proceso, la decisión última y el rescripto incumben a la Sagrada Congregación del Santo Oficio y al Soberano Pontífice personalmente, en virtud de su facultad vicaria. En el privilegio Paulino ''la disolución del vínculo sólo se realiza cuando el cónyuge convertido contrae nuevo matrimonio con persona católica, mientras que en el caso de disolución del vínculo en favor de la fe (c. 1125) la disolución se efectúa desde la fecha del rescripto'', agrega el opositor y continúa:

''En cuanto a esta circunstancia existe en el expediente confirmación inequívoca: en el cuaderno 5, f. 7 y v, hay certificación del honorable Tribunal Eclesiástico de la Curia de Bogotá, que textualmente dice:

''En consecuencia, la señora Isaac Lore no está ligada por vínculo matrimonial con el señor Hans Rothschild *desde la fecha* del rescripto''. (Subraya el opositor).

Anota que el Tribunal juzgó necesario considerar disuelto el vínculo Rothschild-Isaac con aplicación del canon 1126, no desde la fecha del

rescripto pontificio (11 dic. 1948), sino desde el día de la revalidación del matrimonio Hans Rothschild-Marina Gómez (2 abril, 1949), que es el punto donde el recurrente encuentra un "gracioso *gazapo*" por acoger como prueba el sentenciador la partida eclesiástica en vez del acta civil, según la Ley 92 de 1938.

En concepto de la réplica, el acta parroquial es un complemento no indispensable, puesto que el matrimonio Rothschild-Isaac quedó disuelto desde la fecha del rescripto pontificio, a pesar de que "la apreciación del Tribunal —en su sentir— es completamente ajustada a derecho en razón del asunto controvertido", pues considera que se trata de aplicar el canon 1126, que contempla la celebración del matrimonio sacramental católico como supuesto, y no de establecer el estado civil de Hans Rothschild.

Por último, expone tachas a los cargos formulados, por estimarlos en pugna con la técnica del recurso extraordinario.

En la audiencia pública celebrada el 25 de julio último, ambas partes esforzaron los argumentos de sus respectivas tesis, y en oportunidad trajeron los correspondientes resúmenes escritos.

SE CONSIDERA:

1. Por su esencia la disolución de un vínculo recíproco produce en derecho el efecto necesario de romper para ambas partes el lazo que hasta entonces las ligara. De donde también por necesidad se desprende que la competencia para desatar a una de las dos partes envuelve la liberación de la otra, que en lo jurídico mal podría permanecer unida por vínculo mutuo con quien ha venido a ser ajeno a esa misma relación.

2. No incumbe a la jurisdicción civil definir si las providencias eclesiásticas están ajustadas a los cánones. Sería el desconocimiento de la autonomía de la Iglesia, cuya libertad e independencia del poder civil, con soberanía para regirse por sus propias leyes y de ejercer su autoridad espiritual y su jurisdicción canónica, como persona jurídica perfecta de derecho público, se halla respetada en Colombia, y en concreto por la Ley 35 de 1888, que aprobó el Concordato, con fuerza obligatoria tan grave como la que surge de los tratados públicos, y mayor firmeza y estabilidad que las leyes comunes.

3. Por imperativo reiterado "la legislación canónica es independiente de la civil, y no forma parte de ésta; pero será solemnemente respetada por las autoridades de la República".

(16. Ley 153 de 1887. - 3º Concordato-Ley 35 de 1888).

Este modo de respetar el derecho canónico por *referencia formal*, en conformidad con doctrina de la Corte en fallos de casación de 15 de mayo de 1954 (LXXVIII —2141— 579) y de 30 de noviembre de 1961 (no publicado todavía por la *Gaceta Judicial)*, significa de plano que las leyes eclesiásticas son exequibles y válidas para el derecho civil "con las características intrínsecas y la vigencia y validez que tienen en el ordenamiento de origen", como emanadas de persona jurídica de derecho público eclesiástico, en la que el Estado reconoce potestad legislativa, administrativa y jurisdiccional.

Y dentro de las consecuencias que de ello se desprenden, fue señalada en la sentencia de 15 de mayo de 1954, "la imposibilidad de considerar que pueda haber conflicto entre la norma civil y la eclesiástica, pues cuando el derecho del Estado defiere formalmente a una institución de derecho canónico, esa deferencia implica que el derecho civil admite la reglamentación canónica relativa a esa institución". O sea precisamente lo que sucede con el matrimonio de los que profesan la religión católica, por referencia al derecho canónico del artículo 17, Concordato-Ley 35 de 1888; y para "las causas matrimoniales que afecten el vínculo del matrimonio y la cohabitación de los cónyuges, así como las que se refieran a la validez de los esponsales", por el artículo 19, *ibídem*.

4. El matrimonio entre infieles no está regido en su celebración por los cánones. Pero la infidelidad es susceptible de desaparecer. "Por el bautismo queda el hombre constituído persona en la Iglesia de Cristo, con todos los derechos y obligaciones de los cristianos", según el canon 87.

Desde entonces la nueva persona en la Iglesia queda regida y amparada por el derecho eclesiástico, a que el derecho civil, cuanto a las dichas materias matrimoniales, hace referencia formal con todas sus consecuencias y sin conflicto alguno. Y lo habría por la interferencia del poder civil que suprimiese o recortara el efecto de la regulación canónica sobre la suerte del matrimonio legítimo contraído en la infidelidad por quien abraza después la fe católica mediante el bautismo, o sobre las nupcias de persona "no bautizada con otra bautizada en la Iglesia católica o convertida a ella de la heregía o del cisma".

5. La cuestión en materia matrimonial canónica, a que refiere el derecho civil, se encuentra

especial y expresamente prevista y regulada en las normas eclesiásticas:

"Es nulo el matrimonio contraído por una persona no bautizada con otra bautizada en la Iglesia, o convertida a ella de la herejía o del cisma". (1-1070 C. D. C.).

"El matrimonio legítimo entre no bautizados, aunque esté consumado, se disuelve en favor de la fe por el privilegio Paulino". (1-1120).

"El vínculo del matrimonio anterior celebrado en la infidelidad, se disuelve en el momento preciso en que la parte bautizada celebre válidamente nuevo matrimonio". (1126).

"En caso de duda, el privilegio de la fe goza del favor del derecho". (1127).

6. Cuando hombre y mujer permanecen por fuera de la Iglesia, el matrimonio civil entre ellos continuará inmutable bajo el imperio privativo de la regulación laica. Mas no cuando el Sumo Pontífice de la Iglesia católica ha disuelto en favor de la fe el vínculo matrimonial, por cuanto uno de los cónyuges abrazara el catolicismo, y la ley civil defiere a lo que con respecto a los bautizados prescribe el derecho canónico. Y la referencia está hecha por el artículo 19 del Concordato a la autoridad eclesiástica como exclusivamente competente en "las causas matrimoniales que afecten el vínculo del matrimonio". Esto es, según el derecho canónico, ya que no otro aplican las jurisdicciones eclesiásticas. No por implícito es menos claro al respecto el acuerdo del Estado colombiano con la Sede Apostólica.

7. No corresponde sin conflicto al poder civil discutir la competencia de la Curia Romana para desatar, en favor de la fe, de quien se bautiza o recibe el credo católico, el vínculo legítimo que por matrimonio civil lo uniera con persona que de su parte continúa en la infidelidad. Ello es materia propia del derecho eclesiástico, que regula y concede los privilegios en favor de la fe, con independencia y solemne respeto del poder civil.

Roto así el vínculo matrimonial, desligado queda necesariamente tanto el cónyuge que ingresa y permanece en el catolicismo en razón de su fe, como el que no es ni ha sido persona en la Iglesia por estar en la infidelidad. Y si ese vínculo anterior no subsiste desde cuando vino a quedar disuelto en favor de la fe del marido, no se predica con respecto a la mujer no bautizada que con posterioridad contrae nuevo matrimonio civil con otra persona, la causal de nulidad que bajo el número 12 estatuye el artículo 140 del Código Civil.

8. Por cuanto el privilegio se concede por el derecho canónico estrictamente en favor de la fe, es obvio y necesario que quien lo recibe quede en capacidad de contraer nuevo matrimonio, pero nada más que por el rito católico, y de ningún modo matrimonio civil, que repugna a la naturaleza, significación y alcance del propio privilegio en favor de la fe.

En consecuencia, el beneficiario del privilegio no puede ante el Estado celebrar nuevo matrimonio civil mientras viva quien contrajo el anterior matrimonio civil con tal beneficiario.

9. Con los privilegios en favor de la fe podría pensarse que en punto de indisolubilidad del matrimonio fuese más estricto y exigente el derecho civil colombiano que el propio derecho canónico, mas no que dejen de estar regidos los supuestos de hecho por los cánones a que formalmente refiere la ley del Estado.

Sin embargo, en la materia los dos derechos coinciden a virtud de la referencia formal. Pues si por privilegio en favor de la fe la Santa Sede disuelve el matrimonio legítimo —que es el civil para los no católicos— y el derecho laico defiere a esa institución canónica, no otra cosa que armonía puede hallarse entre las dos legislaciones y las dos potestades de que las normas emanan.

De la manera expuesta el privilegio en favor de la fe es recibido por el derecho civil sin lesión de la norma según la cual "el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges". (152). En forma expresa no ha dado la ley civil ninguna otra causa de disolución del matrimonio, ni siquiera el divorcio, que apenas "suspende la vida común de los cónyuges" (153); pero sí implícitamente por las causas canónicas que el mismo derecho civil adopta por virtud de referencia formal.

10. El rescripto de la Santa Sede no menciona el privilegio Paulino, sino que expresa por materia "la disolución del matrimonio en favor de la fe". Lo cual induce a la inteligencia de que se trata no propiamente del privilegio Paulino para matrimonio contraído por infieles, sino de gracia pontificia en favor de la fe, en cuanto Rothschild profesara el protestantismo y estuviese bautizado como cristiano, aunque no en el seno del catolicismo. Lo indudable en uno u otro caso, y lo indiscutible ante el Concordato-Ley 35 de 1888, consiste en la potestad canónica del Soberano Pontífice y de la Curia Romana para disolver en favor de la fe el vínculo de matrimonio civil legítimo entre no católicos. Y como este evento de ruptura depende de autoridad tan

alta y respetable en la historia, hay distancia para considerar que por ello hubiese en el matrimonio civil incidencia de modalidad suspensiva o resolutoria alguna como potestativa simple de cualquiera de los contrayentes.

11. Es indudable que el rescripto de la suprema autoridad eclesiástica se ha limitado a disolver el vínculo matrimonial, sin inmiscuirse en los efectos civiles que de la ruptura se originan. En la secuela poseen plenitud de competencia la ley y las jurisdicciones civiles, sobre la base indiscutible de aquella causa eficiente.

12. Con la partida eclesiástica de matrimonio es obvio que no se ha pretendido probar aquí el estado civil de Hans Rothschild como cónyuge de Marina Gómez, sino simplemente acreditar el supuesto de hecho de haberse casado por el rito católico con mujer católica para efectos canónicos en favor de la fe (1126). Y en ello es indiscutible el valor pleno e inmediato de la atestación eclesiástica expedida por el Párroco. Lo que además hace presumir que se cumplieron a cabalidad las exigencias y condiciones previas para la validez del matrimonio católico, tales como, en su caso, la ejecutoria del rescripto pontificio y las interpelaciones canónicas a la parte no bautizada del anterior matrimonio. Tales requerimientos están al cuidado de la Iglesia, y si se alega falta de alguno, ante la partida de matrimonio católico, la contraprueba habría de surgir de la respectiva declaración eclesiástica, que el recurrente no señala por no existir en los autos.

En conclusión, el recurso no puede prosperar.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha 22 de agosto de 1961 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial*, y vuelva el proceso al Tribunal de su origen.

Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez. Con salvamento de voto: *Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada, José Hernández Arbeláez.*

El Secretario, *Ricardo Ramírez L.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR ENRIQUE LOPEZ DE LA PAVA

Resumen

Las autoridades eclesiásticas carecen de jurisdicción para disolver el matrimonio civil colombiano mediante el privilegio de la fe o por cualquiera otra causa.

El seis de marzo de 1937 el señor Hans Rothschild (protestante) y la señora Lore Isaac (hebrea) contrajeron entre sí matrimonio civil ante el Juez 3º Civil Municipal de Bogotá.

El tres de octubre de 1946 el nombrado Hans Rothschild recibió el sacramento del bautismo en la Parroquia de San Victorino, de Bogotá, convirtiéndose con ello en súbdito de la Iglesia Católica.

El 11 de diciembre de 1948 el mismo señor Rothschild obtuvo de la Sagrada Congregación del Santo Oficio un rescripto, en virtud del cual se decretó la disolución, en favor de la fe, del matrimonio civil que aquél había contraído con la señora Lore Isaac en marzo de 1937.

El dos de abril de 1949 el citado Hans Rothschild contrajo matrimonio católico con la señora Marina Gómez en la Parroquia de San Fernando Rey, de Cali.

El 22 de noviembre de 1952 la expresada señora Lore Isaac contrajo un segundo matrimonio civil con el señor Hans Walter Ossen (hebreo) ante el Juez 7º Civil Municipal de Bogotá.

Más tarde el mencionado Hans Walter Ossen demandó a la señora Lore Isaac ante el Juez Primero Civil del Circuito de Bogotá para que se declarara la nulidad del matrimonio civil que actor y demandada habían contraído en noviembre de 1952, y se hiciesen otras declaraciones y condenas, de acuerdo con lo prescrito por el ordinal 12 del artículo 140 del Código Civil. La razón primordial de la demanda consistió en que el matrimonio civil celebrado por la señora Isaac con el señor Rothschild en 1937 no se había disuelto legalmente y en que, por tanto, dicha señora no gozaba de libertad para contraer segundas nupcias con el demandante Ossen.

El Juez del conocimiento denegó las súplicas de la demanda, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó ese fallo. Recurrido éste en casación por la parte actora, la Corte en la decisión que motiva este salvamento de voto deniega la infirmación de la sentencia de segundo grado. La tesis medular en que se sustentan tanto las decisiones de instancia como el proveído de casación, consiste en que el artículo 19 de la Ley 35 de 1888, aprobatoria del Concordato con la Santa Sede, defiere a las autoridades eclesiásticas competencia privativa para entender en "las causas matrimoniales que afecten el vínculo del matrimonio", en que de consiguiente entre nosotros son aplicables los privilegios en favor de la fe, llamados Privilegio Paulino y Privilegio Petrino, y en que, por aplicación de uno de estos privilegios se disolvió legalmente el matrimonio civil del señor Rothschild con la señora Isaac en razón de haberse convertido aquél a la fe católica, quedando así libre también de ese vínculo esta señora para poder contraer nuevo matrimonio válido con el señor Ossen. La tesis concluye con que este matrimonio no está afectado de la nulidad que consagra el ordinal 12 del artículo 140 del Código Civil.

Como no estoy de acuerdo con esta tesis por considerar que en Colombia no es aplicable el privilegio en favor de la fe al matrimonio civil, me propongo exponer en seguida algunas de las razones que explican y respaldan mi disentimiento.

1. El artículo 19 de la Ley 35 de 1888 (Concordato) dispone: "Serán de la exclusiva competencia de la autoridad eclesiástica las causas matrimoniales que afecten el vínculo del ma-

trimonio y la cohabitación de los cónyuges, así como las que se refieran a la validez de los esponsales. Los efectos civiles del matriminio se regirán por el poder civil''.

Como este precepto habla en general de ''matrimonio'', y no distingue entre matrimonio católico y matrimonio civil, la decisión de la Corte entiende que los comprende a ambos por hacer referencia al matrimonio como institución, y que por lo mismo todas las causas matrimoniales a que la disposición alude son no sólo las relativas al matrimonio católico sino también las que conciernen al matrimonio civil.

¿Cuáles son ''las causas matrimoniales'' que afectan el vínculo del matrimonio y la cohabitación de los cónyuges a que se refiere esta norma?

Según el derecho canónico esas causas matrimoniales son en general tres, a saber: las relativas a la nulidad del matrimonio, las que se refieren al divorcio o separación de los cónyuges y las que tocan con la disolución del vínculo conyugal. También se consideran causas matrimoniales las que se relacionan con los efectos espirituales y temporales del matrimonio entre los cónyuges y respecto de la prole.

2. Antes de suscribirse el pacto concordatario de 1887 y de ser adoptado por la Ley 35 de 1888, el Consejo Nacional Legislativo había dictado las Leyes 57 y 153 de 1887.

El artículo 12 de la citada Ley 57 prescribe que ''son válidos para todos los efectos civiles y políticos los matrimonios que se celebren conforme al rito católico''.

El artículo 17, *ibídem*, establece que ''*la nulidad de los matrimonios católicos* se rige por las leyes de la Iglesia, y de las demandas de esta especie corresponde conocer a las autoridades eclesiásticas''. (Se subraya).

El artículo 18, *ibídem*, preceptúa que ''lo dispuesto en el artículo anterior sobre causas de nulidad se aplica igualmente a los juicios de divorcio''.

Lo estatuído por las dos normas últimas fue confirmado y ampliado en los términos siguientes por el artículo 51 de la Ley 153 de 1887: ''De los juicios de *nulidad y de divorcio de matrimonios católicos* celebrados en cualquier tiempo, conocerán, exclusivamente, los tribunales eclesiásticos, con arreglo a las leyes canónicas, y la sentencia firme que recaiga producirá todos los efectos civiles, con arreglo a lo dispuesto en la Ley 57, artículos 17 y 18''. (Se subraya).

Todas estas disposiciones se refieren de manera expresa a las causas de nulidad y de divorcio de ''matrimonios católicos'', debiéndose, por tanto, entender excluídas las causas similares relativas al matrimonio civil (Unius inclusio, alterius exclusio).

El artículo 19 de la Ley 35 de 1888 (Concordato) no introdujo modificación alguna a los preceptos anteriores, sino que los confirmó en el sentido de reconocer competencia privativa a las autoridades eclesiásticas para decidir las causas matrimoniales referentes a la nulidad y al divorcio de matrimonios católicos. Las normas citadas de las Leyes 57 y 153 de 1887 fueron los antecedentes que sirvieron de base al artículo 19 del Concordato, en el cual no se estipuló ni dispuso sobre la jurisdicción eclesiástica nada distinto de lo que ya se había establecido por esas otras normas. Lo corrobora aún más el hecho de que la comisión parlamentaria que estudió el pacto concordatario e informó al Consejo Nacional Legislativo, expresó que las cláusulas de esa convención en varias de sus materias no eran sino la ratificación explícita de fórmulas que ya se habían adoptado por la legislación nacional (Diario Oficial No. 7303 de febrero 23 de 1888). Abona también este aserto la completa identidad que se observa, por ejemplo, entre el artículo 3º del Concordato y el artículo 16 de la referida Ley 153 de 1887.

Siendo esto así, apenas parece obvio que deba interpretarse el artículo 19 mencionado, en armonía con las disposiciones que le sirvieron de antecedentes y entender que, al igual de éstas, ese precepto no se refiere sino a las causas matrimoniales relativas al matrimonio católico. La misma norma les reconoce jurisdicción privativa a las autoridades eclesiásticas para decidir las causas matrimoniales expresadas, con arreglo a la ley canónica.

3. Por el artículo 1º de la citada Ley 57 de 1887 se hizo la adopción de Códigos para la Nación, entre ellos la del Judicial, sancionado en 1872 y reformado por la Ley 76 de 1873. El Libro Primero de dicho Código, referente a la organización judicial, fue derogado y sustituído por la Ley 147 de 1888.

El artículo 113 de esa Ley 147 disponía en su ordinal sexto que los Jueces del Circuito conocían en primera instancia de ''los juicios sobre divorcio y nulidad de matrimonios, entre individuos no católicos''.

Dicho Código Judicial, con la reforma indicada y las demás que luego se le introdujeron, estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 1931, fecha en que fue enteramente sustituído por el actual Código de Procedimiento Civil, que corresponde a la Ley 105 de 1931.

El actual Código Judicial dispone en el ordinal séptimo del artículo 109, que los Jueces del Circuito entienden en primera instancia "en los juicios de divorcio y nulidad del matrimonio civil". El Título XIX del Libro Segundo del mismo Código, señala los trámites a que están sometidos estos juicios de divorcio y nulidad del matrimonio civil y las medidas cautelares que en ellos pueden ser adoptadas.

De acuerdo con estas normas, las causas matrimoniales consistentes en la nulidad y el divorcio de matrimonio civil son de la competencia exclusiva de los Jueces Civiles y no de los tribunales eclesiásticos. Tales normas consagran la jurisdicción civil para dirimir las causas matrimoniales que se relacionan con el matrimonio civil, de suerte que entre nosotros coexisten en esta materia dos jurisdicciones: una eclesiástica para las causas matrimoniales católicas y otra civil para los juicios matrimoniales civiles. El ordenamiento de la jurisdicción civil desde el mismo año en que se admitió y reconoció la eclesiástica, demuestra por sí mismo y de manera irrecusable que el legislador jamás ha entendido que las causas matrimoniales civiles hubieran quedado comprendidas dentro de los negocios a que se refiere el artículo 19 del Concordato y sujetas a la jurisdicción eclesiástica. Las dos jurisdicciones son independientes, y entre ellas no puede presentarse colisión alguna, porque se derivan de fuentes separadas —matrimonio católico la una y matrimonio civil la otra—, y se ejercen por vías y con arreglo a preceptos que no permiten confundirlas. Ya se verá adelante cómo la jurisdicción civil es, dentro de su propia órbita, mucho más amplia que la eclesiástica.

Correspondiendo a la jurisdicción civil las causas de nulidad y de divorcio de matrimonio civil, es claro, de claridad meridiana, que esas mismas causas no son de la competencia eclesiástica ni pueden considerarse incluídas dentro de aquellas otras causas matrimoniales de que habla el artículo 19 del Concordato. Si así no fuera, sobraría en este punto la jurisdicción civil y habría que borrar del Código Judicial los preceptos que la establecen y que regulan los trámites de esos litigios.

4. En los juicios de nulidad y de divorcio de matrimonios civiles la ley (C. J., 792) autoriza tomar varias medidas preventivas relacionadas, unas con los cónyuges y la prole y otras con los bienes sociales.

Cuando se trata de causas de nulidad o de divorcio de matrimonios católicos, pueden adoptarse también estas medidas cautelares, pero no por los funcionarios eclesiásticos que entienden en esos negocios, sino por los respectivos Jueces Civiles. Así lo disponen los artículos 4º de la Ley 95 de 1890 y 794 del Código Judicial, el primero de los cuales habla expresamente de "las causas de divorcio de matrimonio católico".

De acuerdo con estos preceptos la jurisdicción de las autoridades eclesiásticas no se extiende a las medidades cautelares mencionadas, sino que está restringida a las solas causas matrimoniales católicas. Lo cual significa que en este punto concreto la ley civil tampoco defiere competencia a los tribunales eclesiásticos.

5. En Acuerdo número 464, de ocho de octubre de 1889, esto es, de año y medio después de adoptado el Concordato por la Ley 35 de 1888, expresó la Corte que, de acuerdo con el ordinal 6º del artículo 113 del Código Judicial entonces vigente, la competencia para entender en los juicios de nulidad y de divorcio de matrimonios civiles correspondía a las autoridades civiles, y que las mismas causas relativas al matrimonio católico eran de la jurisdicción de las autoridades eclesiásticas. (G. J., t. IV, No. 161, p. 34).

En casación del 14 de febrero de 1890 la Corte sostuvo de nuevo que los Jueces Civiles conocen en los juicios de divorcio de matrimonio civil, pero no en las causas de divorcio de matrimonio católico, porque en este caso la competencia radica en las autoridades eclesiásticas (G. J., t. IV, No. 191, p. 267).

En casación de ocho de octubre de 1940 la misma Corte, fundándose precisamente en lo dispuesto por el artículo 19 de la Ley 35 de 1888 (Concordato), asentó esta doctrina: "La autoridad civil conoce, pues, no solamente acerca de la validez o nulidad de los matrimonios civiles, sino también de las consecuencias o efectos civiles que se derivan del matrimonio católico, y tienen plena jurisdicción para regular tales efectos del matrimonio religioso". (G. J., t. L, No. 1964, p. 363).

En casación de 15 de diciembre de 1941 se expresó así la Corte: "Reconocidos por nuestra legislación ambos matrimonios, el civil y el canónico, cada uno de ellos, según el caso, se celebra en la forma determinada por el legislador civil o por el legislador eclesiástico: el primero ante el Juez Municipal del domicilio de la mujer, mediante el lleno de ciertos requisitos; el segundo ante el Cura Párroco de la vecindad de la mujer, previas determinadas formalidades. Ni la autoridad eclesiástica tiene competencia o jurisdicción para intervenir en un matrimonio civil, ni fallar sobre su existencia en sí misma,

validez o nulidad; ni tampoco el poder civil puede hacerlo respecto de los matrimonios eclesiásticos. Son dos jurisdicciones distintas, que se entremezclan a ese respecto, de donde resulta uno de los aspectos de la independencia de las dos potestades, y el respeto a la legislación canónica, que no forma parte de la civil". (G. J., t. LII, No. 1981, p. 843).

En casación de 31 de mayo de 1947 la Corte infirmó la sentencia recurrida, y en fallo de instancia declaró nulo un matrimonio civil por haber sido celebrado sin el cumplimiento exacto del requisito de la apostasía. (G. J., t. LXII, No. 2048, p. 408).

En casación de abril seis de 1956 la Corte expresó que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 19 del Concordato, "la Iglesia es la única potestad competente para conocer —tanto en Colombia como en el extranjero— de juicios de divorcio, por las causales contempladas en la legislación canónica, en relación con matrimonios celebrados conforme al rito católico" (LXXXII-2167, 564).

En auto de cuatro de septiembre de 1931 la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, al decidir una apelación en proceso por bigamia, apreció así el alcance del artículo 19 del Concordato: "El anterior artículo naturalmente debe entenderse del matrimonio católico, pues el puramente civil, contraído por los no católicos, como simple contrato que es, seguirá las reglas comunes de las leyes nacionales". (Revista "Justicia", t. II, No. 11, p. 87).

Por estos antecedentes se ve que la jurisprudencia ha considerado siempre que las causas de nulidad y de divorcio de matrimonios civiles son de la competencia privativa de los Jueces Civiles, y que el artículo 19 del Concordato nunca ha sido interpretado en el sentido de atribuír a las autoridades eclesiásticas el conocimiento de esas mismas causas, sino de las que se refieren tan sólo a los matrimonios católicos.

Este mismo juicio de nulidad del matrimonio civil Ossen-Isaac es otra prueba que confirma la tesis anterior, pues si tal negocio fuera del conocimiento de los tribunales eclesiásticos no podría haber sido propuesto ni ventilado ante los Jueces Civiles. La presencia de este asunto en la Corte demuestra que las autoridades civiles son las competentes para entender en él. La doctrina que reconoce competencia privativa a los tribunales eclesiásticos para dirimir todas las causas matrimoniales concernientes, tanto al matrimonio católico como al civil, debería llevar de modo forzoso a concluír que este juicio no podía ventilarse ante los Jueces Civiles. Pero como hay preceptos que atribuyen esa competencia a estos Jueces, y como el artículo 19 del Concordato no tiene en realidad el alcance que ahora se le asigna, resulta que en este litigio se ha cumplido ese requisito de la competencia.

6. Los expositores Champeau y Uribe sostienen en su "Tratado de Derecho Civil Colombiano", números 326 y 336, que el artículo 19 del Concordato confirma el principio establecido por los artículos 17 y 18 de la Ley 57, y 51 de la Ley 153, ambas de 1887, de que los tribunales eclesiásticos son los competentes para conocer en los juicios de nulidad y de divorcio de matrimonios católicos.

Citando las mismas disposiciones mencionadas, dice el doctor Rodríguez Piñeres que "la autoridad eclesiástica es la única que tiene jurisdicción para conocer de las causas de nulidad y divorcio de los matrimonios celebrados conforme al rito católico". (Curso Elemental de Derecho Civil colombiano, t. II, No. 389).

También don Fernando Vélez, con respaldo en las normas expresadas, afirma que las causas de nulidad y de divorcio de matrimonios católicos se rigen por el derecho canónico y son de la competencia de las autoridades eclesiásticas (Estudio sobre el Derecho Civil colombiano, t. I, Nos. 236 y 364).

Los expositores nombrados entienden, pues, que el artículo 19 del Concordato no se refiere sino a las causas o litigios concernientes al matrimonio católico, y que lo estatuído en ese precepto confirma lo que ya habían prescrito los artículos 17 y 18 de la Ley 57, y 51 de la Ley 153, ambas de 1887, disposiciones éstas que en forma expresa aluden al mismo matrimonio católico.

El doctor Roberto Emiliani Vélez, nieto del negociador del Concordato, doctor Joaquín F. Vélez, afirma lo siguiente respecto de dicho artículo 19: "Nuestras disposiciones civiles, de acuerdo con el principio de que las cosas deben terminar de la misma manera que se forman, establecieron que exclusivamente los tribunales eclesiásticos conocerían de los juicios de nulidad y divorcio del matrimonio católico, celebrado en cualquier tiempo. Este fue el sistema establecido por los artículos 17 y 18 de la Ley 57 de 1887, aclarado y confirmado después por el artículo 51 de la Ley 153 de 1887, y que en una forma clara establece también este artículo del Concordato que estudiamos, aprobado por la Ley 35 de 1888". ("Comentarios a los Concordatos celebrados entre Su Santidad León XIII y el Go-

bierno de Colombia en los años de 1887 y 1892", p. 53).

Todos estos antecedentes legislativos, doctrinales y jurisprudenciales conducen a poner en claro la inteligencia verdadera del artículo 19 del Concordato, en el sentido de que no se refiere sino a las causas matrimoniales que se derivan del matrimonio católico. Tal precepto no hizo sino reproducir y ratificar lo que, con referencia expresa al mismo matrimonio católico, estaba prescrito por los citados artículos 17 y 18 de la Ley 57, y 51 de la Ley 153, ambas de 1887.

7. El Concordato no hace mención del matrimonio sino en sus artículos 17, 18 y 19, y todos estos preceptos sólo se refieren al matrimonio católico: el primero, de manera expresa, para reconocerle validez y efectos jurídicos en Colombia; el segundo, también en forma explícita, para señalar el medio de comprobarlo, y el tercero, de modo implícito, para deferirles competencia a las autoridades eclesiásticas en todas las causas referentes a dicho matrimonio. Ninguna de estas disposiciones alude ni puede entenderse referida, expresa ni implícitamente, al matrimonio civil, porque esta institución fue ajena a las estipulaciones del Corcordato, y es del resorte exclusivo del poder civil que la estableció, la regula y la conserva en coexistencia con el matrimonio católico. El Concordato ignora por completo el matrimonio civil, y sus cláusulas sólo hacen referencia al matrimonio católico para los fines antes indicados. Del matrimonio "de los afiliados a otra religión, librepensadores o no-católicos, no tenía el Concordato qué hablar: su derecho y su obligación de acogerse a las leyes civiles eran perfectamente claros". (José de la Vega, "El Concordato". Revista Colombiana, Volumen II, No. 13, p. 3 y ss. Octubre de 1933).

8. El artículo 19 del Concordato contiene dos partes, en cada una de las cuales se habla en general de "matrimonio", sin discernir expresamente si se trata del católico o del civil. Esta circunstancia da pie para pensar que el precepto se refiere en términos genéricos a la institución del matrimonio y no a una u otra forma específica del mismo matrimonio. Sin embargo, esta apreciación no se concilia con las propias voces de la norma ni con los antecedentes y conexiones que de ella vienen expuestos. En efecto, la parte final del artículo dispone: "Los efectos civiles del matrimonio se regirán por el Poder Civil". Este precepto no puede referirse a la institución general del matrimonio, ni al matrimonio civil, sino sólo a la forma específica del matrimonio católico. No se refiere a la institución general del matrimonio, porque ello implicaría el reconocimiento de efectos jurídicos a todas las formas imaginables de matrimonio, cuando lo cierto es que nuestra ley civil no admite más que dos formas de matrimonio válido, la civil y la católica. Tampoco hace referencia al matrimonio civil, porque éste produce por sí mismo los efectos jurídicos que le asigna la propia ley civil que lo consagra y regula, sin necesidad de celebrar para ello ningún pacto o convención con otra potestad internacional. El Concordato no se celebró para que Colombia pudiera atribuírle efectos jurídicos al matrimonio civil que tenía y tiene establecido en uso de su soberanía. Descartadas estas dos hipótesis, fuerza es concluír que el "matrimonio" de que habla esta parte final del artículo no es ni puede ser otro que el católico, primero, porque la celebración del Concordato tenía por objeto, entre otras cosas, admitir y reconocerle efectos jurídicos a ese matrimonio, y segundo, porque esta disposición no hizo sino ratificar lo que, con referencia expresa al mismo matrimonio católico, tenía ya establecido el artículo 12 de la Ley 57 de 1887, que atrás se transcribió (2). De lo cual se infiere también que el matrimonio a que alude este precepto es el católico únicamente y no el civil ni ninguna otra forma de unión matrimonial.

9. Queda así establecido que el artículo 19 del Concordato no se refiere sino al matrimonio católico, y que la jurisdicción que la misma norma defiere a los tribunales eclesiásticos sólo comprende las causas o litigios relacionados con ese matrimonio. También se ha demostrado que los litigios relativos al matrimonio civil son de la competencia exclusiva de los Jueces Civiles. Cumple ahora analizar el punto relativo a la disolución del matrimonio.

El Título 6º del Libro Primero del Código Civil no contiene sino un artículo, que es el 152, y que dispone: "El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges". De este solo precepto se infiere que el matrimonio civil es entre nosotros indisoluble, puesto que la ley no reconoce otra causa de disolución que el deceso de uno de los consortes. Ni aun la muerte presunta de un cónyuge es bastante a disolver el vínculo matrimonial. Como el matrimonio civil es indisoluble, el Código Judicial no organiza ningún juicio ni atribuye a ningún funcionario competencia para dirimir o decretar la disolución del vínculo. De suerte que por este aspecto no puede hablarse de causa o litigio relativo a la disolución del matrimonio civil.

En principio el matrimonio católico es también indisoluble (C. 1118), pero hay casos especiales en que puede ser disuelto. Así el matrimonio rato y no consumado puede disolverse en virtud de profesión religiosa solemne o por dispensa pontificia (C. 1119). El derecho canónico prevé también la disolución de los matrimonios contraídos por infieles o por un católico con un infiel. Esta disolución se produce mediante la aplicación del privilegio Paulino o por dispensa pontificia en favor de la fe, llamada también privilegio Petrino (CC. 1120 a 1126).

Importa tener muy en cuenta y no olvidar que estos privilegios en interés de la fe no son aplicables al matrimonio católico, sino a los contraídos en la infidelidad.

La cuestión concreta que conviene examinar y aclarar es la de si el matrimonio civil colombiano puede ser disuelto en virtud de un privilegio en interés de la fe.

10. Por razones de orden histórico, que no son para expuestas aquí, el Consejo Nacional Legislativo dictó los artículos 34, 35 y 36 de la Ley 30 de 1888. Estas normas no hacen parte del pacto concordatario, sino que son disposiciones promulgadas por el cuerpo legislativo nacional en uso de sus atribuciones.

El artículo 34 de la citada Ley 30 disponía: "El matrimonio contraído conforme a los ritos de la religión católica anula *ipso jure* el matrimonio puramente civil, celebrado antes por los contrayentes con otra persona".

Aunque este precepto habla de anulación, el fenómeno que realmente consagraba es el de la disolución del matrimonio civil por el católico que posteriormente contrajera uno de los cónyuges con otra persona.

No se revoca a duda que esta disposición daba cabida entre nosotros a la aplicación del privilegio en favor de la fe. El matrimonio católico, celebrado con o sin ese privilegio, disolvía *ipso jure* el civil contraído antes por uno de los consortes con otra persona. Acaso sin proponérselo, la ley abrió esta vía de disolución del matrimonio civil mediante la aplicación de los llamados privilegios Paulino y Petrino.

Para armonizar este precepto con la ley que sancionaba la bigamia, se estatuyó lo siguiente en el artículo 439 del Código Penal de 1890: "Los que contrajeren nuevo matrimonio sabiendo que subsiste el que antes habían contraído, serán condenados a presidio por cuatro a ocho años. Se exceptúan los casos en los cuales por la celebración de un matrimonio religioso se produce *ipso jure* la disolución del vínculo puramente civil contraído antes".

Conforme a estos preceptos los casados civilmente podían contraer, con o sin privilegio en favor de la fe, un segundo matrimonio por los ritos católicos, sin que por ello incurrieran en bigamia, desde luego que el matrimonio civil anterior quedaba disuelto *ipso jure*.

Los resultados nocivos que socialmente produjo la aplicación de estas normas, suscitó contra ellas una fuerte corriente de oposición.

Champeau y Uribe censuraron el transcrito artículo 34 de la Ley 30, porque daba lugar a graves abusos, ya que "permite que una persona, por su propia y exclusiva voluntad, rompa el vínculo conyugal para contraer nuevas nupcias". (Tratado, No. 271).

Don Fernando Vélez consideró inaceptables los principios establecidos por los artículos 34, 35 y 36 de la misma Ley 30, "porque relajan los vínculos del matrimonio, que es la base de la sociedad". (Estudio, t. I. No. 215).

El doctor Rodríguez Piñeres dijo del artículo 34 que era un atentado contra el derecho por resucitar la vieja institución romana del *libellus repudii* y porque la norma "es notoriamente antijurídica desde el momento que permite la ruptura de un contrato solemne por la sola voluntad de una de las partes, aun cuando la otra no haya dejado de cumplir con ninguna de sus obligaciones". (Curso Elemental, t. II, No. 318).

El doctor Antonio José Cadavid se expresó así: "Los artículos 34, 35 y 36 de la Ley 30 de 1888 también contienen disposiciones sobre matrimonio, que pueden ser ocasión de mil intrincadas cuestiones, y que tienen el gran inconveniente, a nuestro modo de ver, de abrir la puerta a un sistema de bigamia, que no puede menos de ser inmoral y aun escandaloso en un país cristiano como éste. Quizá avanzó demasiado el legislador en el camino de la reacción contra el matrimonio civil. Es muy general que a grandes males se opongan remedios enérgicos, capaces no sólo de curar el dolor que se padece, sino también de dañar partes sanas del organismo: colocarse en un justo medio es la regla que aconseja la sabiduría y que mejor suele consultar la justicia". ("Apuntamientos referentes a las leyes colombianas sobre matrimonio". El Repertorio Colombiano, t. XV, No. 4).

En el auto atrás citado, de septiembre 4 de 1931, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá transcribe el siguiente comentario del doctor José Vicente Concha: "Ninguna reforma más desgraciada se encuentra en el Código Penal Colombiano de 1890, que la relativa a la bigamia, porque el capítulo referente a tal delito viene a ser todo lo contrario de lo que debiera

ser, ya que declara de manera expresa que no hay bigamia por parte del que celebre un matrimonio religioso estando ligado por los vínculos de un matrimonio civil anterior. La ley colombiana establece y reconoce el matrimonio civil al lado del matrimonio eclesiástico. Es, pues, un absurdo de derecho, a la par que una inmoralidad, decidir que el matrimonio eclesiástico anula *ipso jure* el civil, como lo ha hecho el legislador colombiano". (Revista "Justicia", No. 11, p. 95).

El referido artículo 34 de la Ley 30 de 1888 fue derogado expresamente por el artículo 3º de la Ley 54 de 1924, conocida con el nombre de Ley Concha. Y el actual Código Penal no establece la excepción que, respecto del delito de bigamia, había consagrado el artículo 439 del Código de 1890.

11. Se repite que no hay la menor duda de que, mientras estuvo vigente el artículo 34 de la Ley 30 de 1888, era legalmente posible entre nosotros obtener la disolución del matrimonio civil mediante la aplicación del privilegio en favor de la fe. Derogada esa disposición, cabe preguntar si aun es admisible esa disolución del matrimonio civil en virtud del privilegio aludido.

Ante todo, la derogación de ese artículo 34 es un hecho que pone de manifiesto la voluntad inconcusa del legislador de cegar esa fuente de disolución del matrimonio civil, de restablecer en su plenitud el principio de la indisolubilidad del vínculo conyugal y de robustecer la firmeza de la misma institución matrimonial. En segundo lugar, ya no es posible acudir al privilegio en favor de la fe para disolver ese matrimonio con amparo en la norma derogada. Durante su vigencia, ella le daba cabida a ese privilegio para disolver el matrimonio civil; con su derogación quedó clausurada esa vía de aplicación del expresado privilegio. Así lo estima también el Presbítero doctor Alonso Arteaga Yepes, quien en su tesis de grado afirma que el artículo 3º de la Ley Concha, al derogar el 34 de la Ley 30 de 1888, "cierra las puertas en Colombia al privilegio Paulino y se opone abiertamente a que contraigan matrimonio canónico personas que, según el derecho de la Iglesia, no tienen impedimento ninguno, y establece un impedimento dirimente con el matrimonio civil de los apóstatas". ("La Ley Concha o el matrimonio civil de los apóstatas en Colombia", p. 146).

Así las cosas por este aspecto, se hace necesario regresar al artículo 19 de la Ley 35 de 1888 (Concordato) para ver si, como se sostiene en el proveído que motiva este salvamento, ese precepto defiere en realidad a las autoridades eclesiásticas la facultad de disolver el matrimonio civil mediante la aplicación de los privilegios Paulino y Petrino.

Está visto: primero, que las causas o litigios relativos a la nulidad y al divorcio de matrimonio civil son de la competencia privativa de los Jueces Civiles y no de las autoridades eclesiásticas, quedando así descartadas de aquellas otras causas que menciona el artículo 19 del Concordato; segundo, que el matrimonio civil es indisoluble y que, por tanto, la ley civil no admite ni consagra ningún medio procesal para disolverlo; tercero, que el citado artículo 19 del Concordato no se refiere sino al matrimonio católico, y que la jurisdicción que otorga a los tribunales eclesiásticos está circunscrita a las causas o litigios relacionados con este mismo matrimonio.

Dicho artículo 19 no toca con el matrimonio civil, que el Concordato ignora en absoluto, ni defiere jurisdicción a las autoridades eclesiásticas para entender en causa alguna concerniente a este matrimonio. Todos los litigios y cuestiones que se relacionan con el mismo matrimonio son de la competencia exclusiva de los Jueces Civiles. Como el Código Civil no autoriza la disolución de tal matrimonio por causa distinta de la muerte de uno de los cónyuges, la ley procesal no establece ni reglamenta ningún juicio ni ningún otro medio para obtener esa disolución. De aquí que no pueda hablarse de juicio o causa de disolución del matrimonio civil, como en cambio sí se alude a los litigios o causas de nulidad y de divorcio de este matrimonio. Si, pues, no existe causa o juicio de disolución del matrimonio civil, y si la jurisdicción de las autoridades eclesiásticas se contrae a las solas causas referentes al matrimonio católico, no puede menos de concluírse que dichas autoridades carecen de facultad para disolver ese matrimonio civil.

Mejor aún: la jurisdicción que el artículo 19 del Concordato defiere a los tribunales eclesiásticos no toca con ninguna causa o litigio relativo al matrimonio civil, y menos con su disolución, desde luego que este matrimonio es indisoluble, que está privativamente regulado por la ley civil, que todo lo que al mismo concierne es del resorte de los Jueces Civiles, y que el Concordato nada estipula sobre tal matrimonio, expresa ni tácitamente. De donde se colige que las autoridades eclesiásticas no tienen jurisdicción ni están autorizadas por el Concordato ni por ninguna otra ley nacional para disolver el matrimonio civil colombiano por ninguna causa ni por medio alguno, sea éste el pri-

vilegio en favor de la fe o cualquiera otro. Y ello porque en este otro punto concreto la ley civil tampoco hace ninguna deferencia al derecho canónico.

12. En la convención concordataria celebrada por Colombia con la Santa Sede en 1942 y aprobada por la Ley 50 de ese año, se acordó derogar, entre otros, el mencionado artículo 19 del Concordato de 1887. Este precepto aparece sustituído por los artículos 9º y 10 del nuevo pacto. Dicho artículo 9º dispone en su primer inciso que "las causas de nulidad matrimonial, las dispensas del matrimonio rato y no consumado, y el procedimiento relativo al privilegio Paulino, son de competencia exclusiva de los Tribunales y Congregaciones eclesiásticas". Por el artículo 10 se estipuló que los juicios de divorcio o de separación de cuerpos son de la competencia de los Jueces Civiles.

Como se ve, en este nuevo Concordato, que aún no ha entrado a regir, se pactó de manera expresa la aplicación entre nosotros del privilegio Paulino. Como este privilegio no concierne al matrimonio católico, hay que concluír que la estipulación expresada no tiene otro objeto que aplicar dicho privilegio al matrimonio civil y obtener por ese medio su disolución en interés de la fe.

Si en realidad pudiera atribuírse al artículo 19 del Concordato de 1887 el alcance de facultar a las autoridades eclesiásticas para disolver el matrimonio civil mediante el privilegio de la fe o por cualquier otro medio o causa, no se alcanzaría a comprender la razón que aconsejara derogarlo y sustituírlo por el artículo 9º de la nueva convención concordataria, precepto en que sí se incluye y estipula la aplicación del privilegio Paulino. El motivo de esa derogación y de esta estipulación no parece ni puede ser otro que el hecho —implícitamente reconocido en dicha nueva convención— de que ese artículo 19 no confiere en verdad jurisdicción ni facultad alguna a las autoridades eclesiásticas para disolver el matrimonio civil mediante la aplicación del privilegio en referencia. Lo cual corrobora aún más los puntos de vista que se vienen exponiendo en relación con la inteligencia de esta norma concordataria.

Y a este propósito es de observar que en varios de los últimos Concordatos celebrados por algunos Estados con la Santa Sede, se ha incluído de manera expresa la estipulación relativa a la aplicación del privilegio Paulino. Así ha ocurrido en las convenciones concordatarias acordadas con Austria en 1933, con Colombia en 1942 y con España en 1953. Esta estipulación elimina, como es natural, la colisión que se suscitaría entre las jurisdicciones civil y eclesiástica con motivo de la aplicación del privilegio de la fe al matrimonio civil establecido y regulado por los Estados cuyas legislaciones no hacen sobre este particular ninguna referencia al derecho canónico, como sucede actualmente en Colombia.

13. En refuerzo de estos puntos de vista podrían aducirse otras razones de orden histórico, extraídas de las negociaciones que culminaron con la celebración del Concordato de 1887. Se podría ver, por ejemplo, que ni los documentos oficiales ni la correspondencia cruzada entre los negociadores colombianos dejan vislumbrar siquiera que éstos tuvieran en mientes acordar o aceptar estipulación alguna que redundara en mengua de la regulación y la indisolubilidad del matrimonio civil. Para muestra bastan estas breves citas:

El 29 de abril de 1887 el Presidente Núñez redactó en Cartagena y envió al negociador, doctor Vélez, una "minuta de instrucciones" que contiene, entre otras, la siguiente norma: "En materia de matrimonio, debe tomarse por modelo el arreglo reciente hecho con España. El Gobierno reconocerá, mediante registro, todo matrimonio celebrado conforme a los cánones; *pero en cuanto a lo demás, se reserva el ejercicio de su soberanía*". (Se subraya).

En carta de dos de julio del mismo año, calificada por su propio autor de "muy confidencial", el doctor Núñez le habla a Vélez de la inquietud que se ha despertado "con motivo del poder dado a la Iglesia por la Constitución", y le dice luego: "Por fortuna, todo puede prevenirse con cláusulas que determinen con claridad que *la jurisdicción civil y penal de la República queda ilesa,* sin perjuicio de la jurisdicción puramente espiritual para las faltas de fuero interno". (Se subraya).

En misiva de 27 de agosto del año citado, el doctor Núñez le acusa recibo al General Vélez de una carta, le trata algunos asuntos relacionados con el pacto, y le dice: "Respecto de los efectos civiles completos de los matrimonios eclesiásticos, eso se ha dispuesto ya por la ley (tanto a los futuros como en cuanto a los pasados). Pero sabe usted hacerlo valer como *gran concesión,* y lo es en necesidad". (Se subraya).

En carta de primero de septiembre le dice el doctor Vélez al Doctor Núñez: "Desde el principio, por convicción y por cálculo, me coloqué en el terreno que me recomendó usted, según lo habrá visto ya por el proyecto de convención que presenté, y en el curso de las conferencias

me he mantenido en él a pie firme, procurando avanzar siempre que he podido. Esta actitud que al comienzo me pareció fácil, a juzgar por las galantes manifestaciones del Cardenal Rampolla, se hizo difícil y enojosa luego que entramos de lleno en el asunto. La lucha ha sido fuerte, entre tendencias opuestas: Su Eminencia a dar preponderancia al poder eclesiástico, y aun a sobreponerlo al civil, y yo a resistirlo. Mi conciencia me dice que he estado en el fiel de la balanza, y estoy satisfecho".

En otra carta dirigida desde Anapoima el 11 de octubre de 1887 el doctor Núñez le habla al doctor Vélez sobre el punto de la indemnización de los bienes de manos muertas y respecto de la cuestión del matrimonio le recalca: "*Lo que establecen las últimas disposiciones del Código Civil,* que le serán remitidas en copia por el Ministerio de Relaciones. No hay necesidad ni conveniencia de abrir aquí nuevo debate sobre ese delicado asunto". (Se subraya).

Y finalmente, en comunicación de siete de noviembre de 1887 el negociador Vélez le decía al doctor Núñez: "La verdad es que el negociador pontificio ha aceptado a más no poder la preponderancia de la autoridad temporal que asoma en casi todas las estipulaciones del convenio, y ha procedido así, no por debilidad de carácter, ni por ignorancia de lo que tiene entre manos, sino porque ha encontrado en mí un escollo, y suponía, con razón, que yo reflejaba la opinión del Gobierno y la soberanía política del país. Hoy que ve por ciertas leyes que yo soy más civilista que el cuerpo legislativo, tiende naturalmente a apoyarse en éste contra mí, a fin de mirar y echar por tierra mi obra; pero como las negociaciones se hallan tan adelantadas que decorosamente no es fácil volver atrás, nada tiene de imposible que Su Eminencia intente sacar las castañas del fuego por mano de sus colegas... He considerado oportuno transmitir a usted mis impresiones, para que llegado el caso pueda darme con conocimiento de causas y sin demora sus instrucciones. El punto cardinal puede ser que los efectos civiles del matrimonio se comprueben con simples certificados de los párrocos, eliminándose, por consiguiente, la intervención del empleado civil en el acto del enlace, así como que se quiera tener más influjo en la enseñanza. Mi parecer es que no se ceda en nada, que se sostenga irrevocablemente lo acordado...".

14. En casación de 15 de diciembre de 1941 se expresó así la Corte: "Según el artículo 16 de la Ley 153 de 1887 la legislación canónica es independiente de la civil y no forma parte de ésta, pero será solemnemente respetada por las autoridades de la República. Existen casos en que esa legislación trasciende al campo civil, y entonces generalmente su respeto a ella se consagra por medio de normas positivas. El artículo 12 de la Ley 57 de 1887 estableció la validez para todos los efectos civiles y políticos de los matrimonios que se celebren conforme al rito católico, y esta es la primera proyección de la legislación canónica sobre el campo civil, o sea el matrimonio católico que produce efectos civiles". (LII-1981, 843).

En casación de 15 de mayo de 1954, después de hacer referencia a los artículos 16 de la Ley 153 de 1887, 2º, 3º y 4º de la Ley 35 de 1888 (Concordato), expuso la Corte esta doctrina: "En virtud de estas estipulaciones concordatarias, el Estado colombiano reconoció a la Iglesia Católica como persona jurídica de derecho público eclesiástico, con potestad legislativa, administrativa y jurisdiccional.

"Ellas reconocen al derecho canónico como un ordenamiento jurídico independiente del ordenamiento jurídico del Estado colombiano, pero que puede producir efectos dentro del ámbito de nuestra legislación civil, *cuando ésta defiere, en ciertas materias, expresamente,* al derecho de la Iglesia. Según la doctrina actual de los canonistas acerca del sentido y alcance de esa referencia del ordenamiento jurídico del Estado al ordenamiento jurídico de la Iglesia sólo son posibles, en tal materia, dos posiciones que suelen designarse con los calificativos de *referencia material o recepticia* y *referencia formal o no recepticia.* En la primera las normas canónicas se consideran como incorporadas al derecho del Estado, en el sentido de que le prestan su contenido, quedando de esa manera sustraídas al ordenamiento de su origen, sometidas a la influencia de las concepciones del derecho que las recibe e íntimamente transformadas por éstas. En la segunda las normas canónicas son tomadas por el derecho del Estado y hechas válidas o exequibles en éste, como simples normas indicativas, es decir, como normas que continúan considerándose extrañas al ordenamiento jurídico que las recibe y existentes en el ordenamiento jurídico de donde provienen, con las características intrínsecas y la vigencia o validez que tienen en el ordenamiento de su origen.

"En los casos y materias en que la legislación colombiana defiere a la canónica, esa referencia es formal y no recepticia. Así resulta, indudablemente, de los artículos 2º, 3º y 4º del Concordato". (LXXVII-2141, 581).

De las doctrinas anteriores y de los preceptos positivos que las respaldan, se pueden deducir y destacar estos postulados:

a) La legislación canónica es independiente de la civil, y no forma parte de ésta, lo cual significa que el derecho canónico no es el derecho civil nacional, no hace parte integrante de éste, ni es por lo tanto, aplicable en términos generales entre nosotros.

b) Hay casos especiales en que, respecto de una materia determinada y concreta, el ordenamiento civil defiere expresamente a la ley canónica la regulación jurídica del punto previsto. En este supuesto la referencia es simplemente formal o no recepticia, vale decir, que la ley civil se remite a la regulación canónica de la cuestión prevista, y acepta este ordenamiento para todos sus efectos jurídicos.

c) Como la legislación canónica no es el ordenamiento jurídico nacional ni forma parte de éste, los casos y materias determinadas en que la ley civil defiere a la canónica, son de naturaleza excepcional y, por tanto, de interpretación y aplicación estrictas, o sea, que no pueden ser entendidos ni aplicados por extensión ni por analogía. (Exceptio est strictissimae interpretationis).

Aplicando estos postulados al caso presente, se tiene que ninguna norma civil ha deferido, expresa ni implícitamente, a la ley canónica la aplicación del privilegio de la fe, Paulino o Petrino, al matrimonio civil colombiano, esto es, al enlace matrimonial de personas que ante el Juez respectivo manifestaron en forma paladina y solemne que no profesaban la fe católica. En consecuencia, ese privilegio no es aplicable en Colombia, porque la legislación canónica no es parte de la civil ni disfruta de preponderancia sobre ésta en las materias que no se le han deferido de manera explícita y concreta.

Con base en que la ley y las autoridades nacionales deben respeto y protección a la Iglesia Católica y a su legislación, se ha pretendido hacer prosperar la tesis de que el derecho canónico tiene prevalencia sobre el civil en todas las materias reguladas por él. Como uno de los corolarios de esta tesis se cita el de la aplicación al matrimonio civil del privilegio de la fe establecido y regulado por el derecho canónico. Tal tesis fue ya refutada por el doctor José María Samper, coautor de la Constitución de 1886, en los siguientes términos, que no han perdido su mérito y que bien valen la pena de reproducirse: "Un gravísimo incidente oficial, y algunos actos legislativos posteriores a la Constitución, hacen comprender que el artículo 53 de ésta ha sido mal interpretado. De él se ha querido deducir (no obstante su clarísimo lenguaje y lo terminantemente dispuesto por el segundo miembro del artículo 38) que el Derecho Canónico de la Iglesia Católica hace parte de la legislación nacional; y un Ministro de Estado ha llevado su ortodoxia (católica, tal vez, pero no constitucional) hasta declarar, por resolución gubernativa, que, en caso de oposición, el Derecho Canónico (que no emana del Congreso) prevalece sobre las leyes de la República, que son de fuente constitucional.

"Desde luego, ni el artículo 53 presta asidero a semejante interpretación, ni el 38 permite siquiera la menor duda. 'Se entiende (dice este último artículo) que la Iglesia no *es* ni *será oficial* y conservará su independencia', y esto se preceptúa después de haberse declarado que 'la Religión Católica, Apostólica, Romana, es la de la Nación', y que 'los poderes públicos la protegerán y harán que sea respetada como esencial elemento del orden social'.

"Así, lo que pertenece a la religión (no lo que es asunto de disciplina eclesiástica, cosa variable) es elemento del orden social, y debe ser respetado y protegido, por cuanto la Nación declara que aquella religión es la suya. Pero de ningún modo queda comprendido en esta disposición el Derecho Canónico, por dos razones incontrovertibles: primera, porque la Iglesia Católica no es ni será oficial, y se volvería oficial si su legislación fuese legislación obligatoria de Colombia; y segunda, porque en Colombia no es ley, ni puede tener fuerza de tal, sino lo que emana del Congreso, con las formalidades constitucionales del caso.

"Cuanto al artículo 53, él no ha querido, en manera alguna, dar a la Iglesia Católica autoridad ni jurisdicción en asuntos *temporales;* ni podía tener tal objeto, porque en tal caso estaban de más la Constitución y el Gobierno, y más sencillo era poner la República a disposición de la Santa Sede. Cónsono este artículo con el 38, que reconoce su independencia a la Iglesia Católica, reconoce a esta Iglesia el derecho propio de disponer de sus asuntos *interiores,* de ejercer actos de autoridad *espiritual* y de jurisdicción *eclesiástica;* y reconociéndole también la personería civil, le permite (podrá) ejercer actos civiles, como son los contratos, la adquisición y posesión de bienes, la comparecencia en juicio, y lo demás que el Código Civil permita a las personas civiles. La independencia de la Iglesia Católica (no oficial) consiste precisamente en

que ella obre con libertad y separación en su esfera, que es la divina, la de las almas; y si de otro modo se entendieran las cosas, la República perdería su independencia en su propio campo, que es el de los negocios temporales. En éstos ninguna autoridad tiene ni puede ejercer la Iglesia.

"... Así, ya que impropiamente se declaró en el artículo 38 que la religión de la Nación es la católica (no debiendo ser sino de los colombianos en su gran mayoría, según lo reconocieron las Bases), es claro que este reconocimiento de un hecho social tenía por principales efectos los tres enumerados en las mismas Bases, y que la Constitución ha incluído en el Título IV. De ningún modo se pensó en dar a la Iglesia carácter oficial ni, por lo tanto, incorporar el Derecho Canónico en la legislación de la República; antes bien, se declaró expresamente que la Iglesia Católica no era ni sería oficial. Es, pues, incuestionable que el artículo 53 sólo ha querido dar a dicha Iglesia las legítimas garantías a que tiene derecho, como poder espiritual, como persona jurídica y como autoridad en lo que es de su exclusivo dominio; pero de ningún modo para inmiscuirse ni ejercer autoridad en los asuntos temporales o que afecten a la soberanía colombiana". (Derecho Público Interno de Colombia, t. II, p. 102 y ss.).

También el doctor Tulio Enrique Tascón afirma que el respeto a la legislación canónica "debe entenderse en cuanto (ésta) no se oponga a la Constitución y leyes nacionales, porque la independencia del Estado así lo exige". (Derecho Constitucional Colombiano, p. 124).

La actual Carta constitucional señala como bases de las relaciones entre el Estado y la Iglesia la recíproca deferencia y el respeto mutuo, principio éste que deja sin piso a la simplista teoría que de paso se ha querido recordar.

15. En resumen se tiene: el artículo 19 del Concordato sólo se refiere al matrimonio católico, y la jurisdicción que dicho precepto confiere a los tribunales eclesiásticos no comprende sino las causas o litigios referentes a dicho matrimonio. Ni esa norma ni ninguna otra disposición civil defiere competencia a las autoridades eclesiásticas para decretar la disolución del matrimonio civil colombiano por ninguna causa ni por medio alguno, ni para exonerar a los cónyuges de sus correspondientes obligaciones. La disolución del matrimonio civil mediante la aplicación del privilegio de la fe por las autoridades eclesiásticas es acto que no se concilia con el respeto que estas autoridades deben a la legislación nacional, y que entraña el desconocimiento o menosprecio de la soberanía de la Nación en punto de tal matrimonio.

Los puntos de vista que se han venido exponiendo conducirían en este negocio a las conclusiones siguientes:

Primera. El matrimonio civil contraído en 1937 por el señor Hans Rothschild con la señora Lore Isaac no ha sido ni está legalmente disuelto, porque ninguno de los cónyuges ha fallecido y porque no existe disposición positiva que faculte a las autoridades eclesiásticas para disolver las uniones matrimoniales civiles mediante la aplicación del privilegio de la fe.

Segunda. El 22 de noviembre de 1952 la señora Lore Isaac no estaba libre del vínculo matrimonal anterior para poder contraer nuevo matrimonio civil con el señor Hans Walter Ossen.

Tercera. Por consiguiente, el matrimonio del señor Ossen con la señora Isaac es absolutamente nulo, conforme a lo prescrito por el ordinal 12 del artículo 140 del Código Civil.

Cuarta. La sentencia acusada infringe, por interpretación errónea y aplicación indebida, el artículo 19 de la Ley 35 de 1888 (Concordato), y por falta de aplicación los artículos 140, ordinal 12, del Código Civil, y 15 de la Ley 57 de 1887.

Quinta. En consecuencia, el fallo acusado debe ser infirmado para, en su lugar, revocar la sentencia de primera instancia y decretar la nulidad absoluta del matrimonio Ossen-Isaac.

Quedan así expuestas las razones que al Magistrado que suscribe este salvamento le impiden compartir la decisión tomada en el fallo anterior y los fundamentos que la respaldan.

Bogotá, septiembre ocho de mil novecientos sesenta y dos.

Enrique López de la Pava.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SUSPENSION DEL PRONUNCIAMIENTO CIVIL POR INCIDENCIA PENAL

Es al Juez y no a las partes, aunque alguna de éstas tome la iniciativa, a quien corresponde calificar si se ha presentado un hecho que pueda considerarse como delito perseguible de oficio, y si la decisión penal puede influír en la sentencia civil. — Ingreso de pruebas al proceso. — La escritura pública. — Discrecionalidad del sentenciador para apreciar el daño moral subjetivo.

1. El estimar si se ha presentado un hecho que "pueda considerarse como delito perseguible de oficio 'es cuestión que no incumbe definir a las partes ligadas en el proceso civil sino al Juez del conocimiento, de oficio o para desatar la incidencia provocada al respecto por cualquiera de los litigantes' ". Según eso dispondrá o no el aviso al juez del crimen con acompañamiento de lo que estime conducente a la investigación. Del propio modo que el calificar si la decisión penal "pudiere influír en la controversia civil" constituye materia propia de la discrecionalidad judicial, sin perjuicio del debate en articulación suscitada por alguna de las partes dentro del juicio civil.

Pero todo ello presupone que en el curso de la actuación civil se presente algún hecho punible de oficio; que en efecto, la investigación criminal se adelante; que haya prueba a este respecto y no conjeturas o inferencias simples; que el resultado de la acción penal tenga influencia como elemento que estructure la acción civil; y que en tal virtud se haya efectivamente decretado la suspensión del fallo hasta cuando esté resuelto el proceso penal por sobreseimiento o sentencia definitiva.

Sin que la suspensión del pronunciamiento se haya decretado en autos, de oficio o con intervención de las partes, no se suspende tampoco la jurisdicción del Juez Civil para sentenciar, ni se predica causal de nulidad por incompetencia de jurisdicción, que resultaría con claridad, eso sí, cuando sin parar mientes en el proveído que decretó la suspensión, el Juez Civil fallara a pesar de estar así suspendida su propia jurisdicción.

2. El artículo 597 del Código Judicial salvaguarda los principios que aseguran a las partes iguales facultades en el debate probatorio, que debe surtirse en ambiente de lealtad procesal.

Si las pruebas fueron acompañadas a los escritos de demanda, de excepciones o de contestación; si se presentan en inspecciones oculares u otras diligencias en que intervienen el Juez y las partes; si se han pedido en oportunidad y practicado antes de la citación para sentencia; o si el Juez las decreta de oficio cuando está autorizado por la ley para mejor proveer, nada contradice la seguridad jurídica ni atenta contra el plano de equitativo equilibrio en que la controversia judicial debe asentarse.

3. El instrumento público prueba en sí mismo, porque presupone que ha sido autorizado con las formalidades legales por el competente funcionario (1758, C. C.). Y su mérito es pleno, no porque deje al adversario sin campo para contradecirlo, sino porque le impone la carga de probar la tacha de falsedad. Pero a la vez la ley le franquea el camino para proponer el incidente respectivo en cualquier estado de la causa hasta la citación para sentencia, o antes de fallarse, según el caso, y aun faculta al Juez para conceder a ese solo efecto un término adicional de diez días si ha vencido o está para vencerse el probatorio (649, C. J.).

Esto significa que si aún para los documentos privados existe el reconocimiento tácito "cuando habiendo obrado en los autos con conoci-

miento de la parte obligada o de su apoderado, no se ha objetado o redargüido de falso para que la parte que lo presenta pruebe su legitimidad", con mayor énfasis viene a ser indiscutible en casación el mérito pleno de los instrumentos públicos que obran en el proceso sin que la contraparte los tachara de falsedad.

4. Quien recibe daño moral subjetivo ocasionado por el delito, tiene el carácter de ofendido. La cuestión circunscrita a determinar si ese daño existe y el saber si fuere fácil o posible avaluarlo pecuniariamente, son puntos de hecho obviamente sometidos a los poderes discrecionales del sentenciador por el artículo 95 del Código Penal, que le permite, además, fijar prudencialmente la indemnización hasta la suma de dos mil pesos para cada ofendido.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, diez (10) de septiembre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez).

En la carrera 13 con la calle 34 de esta ciudad, y alrededor de las siete y media de la noche del 14 de octubre de 1956, Aura Camelo v. de Ballesteros recibió lesiones en la pierna izquierda, en la clavícula derecha y en la cabeza, al ser atropellada por camioneta de propiedad de Alejandro Londoño Escobar, y conducida por su hijo menor de edad Jorge Londoño Londoño.

Tal la causa para que la viuda de Ballesteros y sus hijos Blanca Cecilia, Juan Pablo y Hernando Ballesteros iniciaran juicio ordinario contra Alejandro Londoño Escobar, tendiente a obtener indemnización de perjuicios materiales y morales por culpa aquiliana.

Contradicha la demanda, terminó el trámite de primer grado por sentencia del 15 de enero de 1960, en que el Juez 3º Civil del Circuito de Bogotá hizo este pronunciamiento:

"1º Declarar que el demandado Alejandro Londoño Escobar es civilmente responsable para con la demandante Aura Camelo viuda de Ballesteros de los perjuicios materiales y morales que ella sufrió en el accidente de tránsito de que fue autor Jorge Londoño Londoño, y víctima la citada viuda de Ballesteros.

"2º Condenar al mencionado Alejandro Londoño Escobar a pagar a la demandante Aura Camelo v. de Ballesteros la suma de $ 7.415.61 por concepto de perjuicios materiales, y la cantidad de $ 2.000.00 por los perjuicios morales subjetivos que la demandante referida sufrió en el accidente de tránsito de que fue víctima, y ejecutor el hijo del demandado, Jorge Londoño Londoño.

"3º Absolver al demandado Alejandro Londoño Escobar de las declaraciones y condenas que imploran los otros demandantes: Blanca Cecilia, Hernando y Juan Pablo Ballesteros.

"4º Igualmente se absuelve al demandado de pagar los perjuicios objetivos y los perjuicios materiales futuros que le reclama la demandante Aura Camelo v. de Ballesteros.

"5º Las costas del presente juicio son de cargo del demandado y de los demandantes, Blanca Cecilia, Hernando y Juan Pablo Ballesteros, por partes iguales".

Solamente apelaron los demandantes, y surtida la segunda instancia, con fecha 6 de septiembre de 1960, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resolvió:

"1º Confirmar los numerales 1º y 2º de la sentencia apelada.

"2º Condenar al señor Alejandro Londoño Escobar a pagar a doña Aura Camelo v. de Ballesteros los perjuicios materiales sufridos por ésta, consistentes en las lesiones descritas por los peritos Luis G. Forero y Raúl Bernett, y por la Oficina de Medicina Legal, a reserva de fijar su importe por los trámites previstos en el artículo 553 del Código Judicial.

"3º Condenar a Alejandro Londoño Escobar a pagar a cada uno de los demandantes, Blanca Cecilia, Juan Pablo y Hernando Ballesteros, la cantidad de $ 1.000.00 moneda legal, a título de satisfacción por concepto de perjuicios morales subjetivos.

"4º Condenar al demandado al pago de las costas de la primera instancia del juicio. Sin costas en el recurso.

"5º Negar las demás súplicas.

"6º Queda en estos términos reformada la sentencia apelada".

Corresponde ahora a la Corte decidir sobre el recurso de casación interpuesto por la parte demandada.

LA SENTENCIA RECURRIDA

Después de examen doctrinal acerca de los elementos del daño indemnizable por responsabilidad extracontractual, el sentenciador dice:

"Aura Camelo v. de Ballesteros reclama indemnización por los siguientes daños: incapacidad definitiva de ciento ochenta días, perturbación funcional de carácter permanente, debidas a las lesiones que recibió en la pierna izquierda, en la clavícula derecha y en la cabeza. (Hecho 3º).

"Perjuicios de orden moral objetivados que le han mermado su capacidad de trabajo y su productividad económica, procedentes de la angustia, la zozobra y la aflicción agobiadora de su estado anímico. (Hecho 7º).

"Los gastos de hospitalización, operaciones quirúrgicas y tratamientos médicos a que se ha visto forzada, y los de esta misma naturaleza que habrá de afrontar necesariamente en el futuro, implican el daño material en su doble consideración de presente y futuro de evolución. (Hecho 7º)".

Halla que los dictámenes periciales del Instituto de Medicina Legal y de los doctores Luis G. Forero y Raúl Bernett "demuestran plenamente un perjuicio material cierto y actual", pero que "no habiéndose avaluado, ello debe hacerse mediante los trámites del artículo 553 del Código Judicial".

No encuentra prueba de daño futuro indemnizable, ni de perjuicios morales objetivados, y por lo que respecta a los otros demandantes, expresa:

"En cuanto a los perjuicios morales de afección, cuyo resarcimiento impetran Blanca Cecilia, Juan Pablo y Hernando Ballesteros, originados en los sufrimientos por las lesiones sufridas por su madre, es procedente reconocerlos, conforme a la doctrina y la jurisprudencia aludidas en el cuerpo de esta sentencia. La Sala los grudúa en $ 1.000.00 para cada uno de ellos, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 95 del Código Penal".

LA IMPUGNACION

El libelo formula tres cargos: uno por la causal 6ª y dos por la causal 1ª.

Causal 6ª Con referencia al artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, el recurrente alega que "el proceso civil debe suspenderse, en el estado de dictar sentencia, cuando exista un hecho que constituya delito perseguible de oficio que pueda influír en la decisión, hasta que se pronuncie auto de sobreseimiento o sentencia definitiva". De donde deduce que como el Juez Civil carece de competencia para juzgar el delito de que haya prueba en el proceso civil, hay vicio en el procedimiento "por falta de competencia y por pretermisión de los trámites exigidos por la ley", cuando Juez Civil se abstiene de dar aviso al Juez Penal y de suspender el juicio, lo que acarrea nulidad según el ordinal 1º, artículo 448 del Código Judicial y el 26 de la Constitución.

Presenta citas doctrinales, e infiere del parte policíaco sobre el accidente y del dictamen del Instituto de Medicina Legal sobre las lesiones padecidas por la viuda de Ballesteros, la existencia de investigación criminal como causa impeditiva del pronunciamiento civil antes de que en definitiva quedara ventilada la acción penal.

Se considera:

1. Estatuye el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal que "cuando en el curso de un proceso civil o administrativo se presentare un hecho que pueda considerarse como delito perseguible de oficio, el Juez o funcionario correspondiente dará noticia de él inmediatamente a la autoridad competente, suministrándole todas las informaciones del caso y acompañándole copia autorizada de los autos o documentos conducentes". Y previene en su inciso 2º que "si se iniciare la investigación criminal y el fallo que corresponde dictar en la misma pudiere influír en la solución de la controversia civil o administrativa, ésta se suspenderá, salvo disposición legal en contrario, hasta que se pronuncie auto de sobreseimiento o sentencia definitiva irrevocable".

Ahora bien, el estimar si se ha presentado un hecho que "pueda considerarse como delito perseguible de oficio" es cuestión que no incumbe definir a las partes ligadas en el proceso civil sino al Juez del conocimiento, de oficio o para desatar la incidencia provocada al respecto por cualquiera de los litigantes. Según eso dispondrá o no el aviso al Juez del crimen con acompañamiento de lo que estime conducente a la investigación. Del propio modo que el calificar si la decisión penal "pudiere influír en la controversia civil" constituye materia propia de la discrecionalidad judicial, sin perjuicio del debate en articulación suscitada por alguna de las partes dentro del juicio civil.

Pero todo ello presupone que en el curso de la actuación civil se presente algún hecho punible de oficio; que, en efecto, la investigación criminal se adelante; que haya prueba a este respecto y no conjeturas o inferencias simples; que el resultado de la acción penal tenga influencia como elemento que estructure la acción civil;

y que en tal virtud se haya efectivamente decretado la suspensión del fallo hasta cuando esté resuelto el proceso penal por sobreseimiento o sentencia definitiva.

2. Sin que la suspensión del pronunciamiento se haya decretado en autos, de oficio o con intervención de las partes, no se suspende tampoco la jurisdicción del Juez Civil para sentenciar, ni se predica causal de nulidad por incompetencia de jurisdicción, que resultaría con claridad, eso sí, cuando sin parar mientes en el proveído que decretó la suspensión, el Juez Civil fallara a pesar de estar así suspendida su propia jurisdicción.

3. Si, pues, en el curso del presente asunto no consta que el Juez discrecionalmente dispusiera remitir algo para efectos de investigación penal, ni que las partes o alguna de ellas tomara la iniciativa para que así se procediera o para aportar prueba acerca de la existencia del proceso penal, en súplica incidental de suspensión del proceso civil por la posible influencia de la solución penal en el fallo civil; si el proceso no fue suspendido y, antes bien, aparece la conformidad del demandado con el fallo de primera instancia, que ya le fue adverso, puesto que el segundo grado procesal sólo se produjo por alzada de la actora, lejos de nulidad, lo que descubre la actuación es la ausencia de interés jurídico en la parte demandada para respaldar el recurso extraordinario, salvo apenas en lo que pueda referirse a la agravación de la condena en segunda instancia y no a la condena inicial misma.

4. A todo lo cual cabría agregar que el padre está sometido a las resultas de la acción civil de resarcimiento, haya o no responsabilidad penal del hijo de familia por el hecho causante del daño. Que por ello la acción penal no es aquí prejudicial de la acción civil. Que no consta que la viuda lesionada se hubiera constituído parte civil en proceso penal derivado del hecho dañoso. Y que la acción en el presente juicio ejercitada, significaría obvia inconformidad con la condenación al resarcimiento que hipotéticamente se hiciera por la justicia penal, sin fuerza vinculatoria precisamente para quien no haya intervenido allí como parte civil. (2º, 25 C. P. P.).

Causal 1ª I. Como primer cargo se alega infracción de los artículos 636 y 597 del Código Judicial, como vehículo conductor al quebranto indirecto de los artículos 13 y 14 de la Ley 45 de 1936, y 113, 114, 115, 213, 2341, 2347 y 2348 del Código Civil, al dar el sentenciador "por demostrado el matrimonio del demandado y el nacimiento del autor aparente del daño y, por tanto, el parentesco y responsabilidad de aquél, con las partidas que obran a los folios 53 y 54 del cuaderno número 2º".

La sustancia del reparo consisten en que si bien se pidió el libramiento de despacho para obtener del respectivo Cura Párroco aquellas actas, no aparece que el despacho fuese en realidad expedido, sino apenas que las partidas obran a los folios citados. De donde se arguye que si se adoptó la vía del despacho que señala el artículo 636 del Código Judicial, era indispensable el exhorto a quien cumple el papel de funcionario público, para que la prueba ingresara al proceso en los términos del artículo 597, ibídem.

II. Como segundo reparo se aduce quebranto del artículo 95 del Código Penal, "por errada interpretación, lo mismo que por indebida aplicación", puesto que "ese texto sólo autoriza el reconocimiento del daño moral a favor del *ofendido*", y el sentenciador condenó en el ordinal 3º de su fallo a pagar indemnización a los hijos de la viuda de Ballesteros, a pesar de que "por parte alguna se ve cómo puedan sufrir daño moral los parientes del lesionado, sea en accidente o por agresión intencional. El caso de muerte del pariente es distinto, porque tal suceso causa directamente una lesión moral al cónyuge supérstite y a los hijos".

De donde desprende violación también de los artículos 2341, 2347, 2348, 1613 y 1614 del Código Civil.

Se considera:

5. El artículo 597 del Código Judicial salvaguarda los principios que aseguran a las partes iguales facultades en el debate probatorio, que debe surtirse en ambiente de lealtad procesal.

Si las pruebas fueron acompañadas a los escritos de demanda, de excepciones o de contestación; si se presentan en inspecciones oculares u otras diligencias en que intervienen el Juez y las partes; si se han pedido en oportunidad y practicado antes de la citación para sentencia; o si el Juez las decreta de oficio cuando está autorizado por la ley para mejor proveer, nada contradice la seguridad jurídica ni atenta contra el plano de equitativo equilibrio en que la controversia judicial debe asentarse.

6. El instrumento público prueba en sí mismo, porque presupone que ha sido autorizado con las formalidades legales por el competente funcionario. (1758, C. C.). Y su mérito es pleno, no porque deje al adversario sin campo para contradecirlo, sino porque le impone la carga de probar la tacha de falsedad. Pero a la vez la ley

le franquea el camino para proponer el incidente respectivo en cualquier estado de la causa hasta la citación para sentencia, o antes de fallarse, según el caso, y aún faculta al Juez para conceder a ese solo efecto un término adicional de diez días si ha vencido o está para vencerse el probatorio. (649, C. J.).

Esto significa que si aun para los documentos privados exite el *reconocimiento tácito* "cuando habiendo obrado en los autos con conocimiento de la parte obligada o de su apoderado, no se ha objetado o redargüído de falso para que la parte que lo presenta pruebe su legitimidad", con mayor énfasis viene a ser indiscutible en casación el mérito pleno de los instrumentos públicos que obran en el proceso, sin que la contraparte los tachara de falsedad.

7. Las actas de que se trata fueron pedidas y decretadas con citación de la parte contraria, vinieron a los autos sin observación y sirvieron para estructurar el fallo de primera instancia que el demandado-recurrente consintió. De donde se desprende que sería necesario llegar al extremo inadmisible a todas luces del rito sacramental, para admitir error de derecho por la circunstancia escueta de que se hubiera omitido el despacho para que el Cura Párroco expidiera unas actas que bien pudo expedir directamente con eficacia plena. No porque el exhorto fuese, como es, la vía más adecuada para la aducción de esa clase de pruebas, va a seguirse de allí la exigencia de un requisito *ad substantiam*, cuando por la naturaleza misma de las cosas y el régimen de las probanzas se contempla apenas la vía más adecuada para alejar cualquiera tacha de falsedad del instrumento público traído al juicio.

8. Quien recibe daño moral subjetivo ocasionado por el delito, tiene el carácter de *ofendido*. La cuestión circunscrita a determinar si ese daño existe y el saber si fuere fácil o posible avaluarlo pecuniariamente, son puntos de hecho obviamente sometidos a los poderes discrecionales del sentenciador por el artículo 95 del Código Penal, que le permite, además, fijar prudencialmente la indemnización hasta la suma de dos mil pesos para cada ofendido.

De tal suerte no hay censura viable en casación a esos respectos, sino por arbitrariedad manifiesta, que mal podría presentarse contra el sentenciador que se fundó en el dolor muy natural y humano de los hijos en presencia de los padecimientos de la madre, para decretar la indemnización.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha 6 de septiembre de 1960, proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial*, y vuelva el proceso al Tribunal de su origen.

Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velasco, Enrique López de la Pava, José Hernández Arbeláez. — *Alejandro Bernate,* Conjuez, *Ernesto Escallón Vargas,* Conjuez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

RECUSACION DE MAGISTRADOS DE TRIBUNAL SUPERIOR

Quién debe resolver las apelaciones de los autos que deciden estos incidentes cuando se proponen en el segundo grado del juicio.

Ni el artículo 32 del Código Judicial ni ningún otro precepto del mismo, le atribuyen a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema competencia para entender en los recursos de apelación interpuestos contra las providencias que en segundo grado deciden los incidentes sobre recusación de los Magistrados de los Tribunales Superiores.

La apelación a que se refiere el inciso último del artículo 444 del Código Judicial, no es procedente sino cuando el negocio en que se ha promovido la incidencia sobre recusación tiene dos instancias y se encuentra en la primera de ellas, cualquiera que sea el funcionario del conocimiento. Si el segundo grado del juicio se surte ante el Tribunal, el incidente sobre recusación que entonces se proponga, deben resolverlo los demás Magistrados que forman la Sala respectiva (C. J., 442), y del auto que lo decide no puede recurrirse en apelación para ante la Corte, porque lo contrario equivaldría a asignarle tres instancias al negocio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., septiembre diez y ocho de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Enrique López de la Pava).

El señor Carlos Saúl Goyeneche promovió y adelanta un juicio ejecutivo contra el señor Ciro Enrique Goyeneche ante el Juez del Circuito de Charalá.

En el juicio aludido el ejecutado propuso un incidente de excepciones, el cual fue resuelto en primera instancia en forma desfavorable al excepcionante. Apelado por éste el fallo relativo a las excepciones, el negocio subió al Tribunal Superior de San Gil, donde fue repartido al Magistrado doctor Abundio Bohórquez B.

Durante la tramitación de segunda instancia, el ejecutado apelante recusó al Magistrado doctor Bohórquez, y del incidente respectivo entró a conocer el Conjuez, doctor Elberto Téllez, por estar impedido el otro Magistrado integrante de la Sala de Decisión.

La incidencia de recusación fue resuelta por auto de 13 de junio del año en curso, en el sentido de declarar no probadas las causales alegadas por el recurrente. Contra dicho proveído se alzó en apelación el señor Goyeneche, y el recurso le fue concedido en el efecto devolutivo para ante esta Sala de Casación Civil de la Corte.

Tramitado como se halla el negocio, conforme a las reglas que le son propias, la Corte procede a decidir lo que sea pertinente, previas estas consideraciones:

El artículo 32 del Código Judicial señala los negocios que son de la competencia de la Sala de Casación en lo Civil de la Corte Suprema. Ni éste ni ningún otro precepto del mismo Código Judicial le atribuyen a la Sala nombrada competencia para entender en los recursos de apelación interpuestos contra las providencias que en segundo grado deciden los incidentes sobre recusación de los Magistrados de los Tribunales Superiores.

En auto de primero de septiembre de 1960 expuso la Corte la siguiente doctrina, que es aplicable al caso de autos: "La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en modo alguno reviste el carácter de tribunal de apelaciones. Su órbita propia es la de Corte de Casación en negocios civiles. De donde su competencia, en lo concerniente a recursos de hecho, se reduce a los interpuestos 'contra los autos en que se denie-

gue la concesión del recurso de casación'. Aparte de ello, sus atribuciones están limitadas al recurso de revisión en negocios civiles y al conocimiento 'de las sentencias pronunciadas en país extranjero, para el efecto de resolver si procede o no su cumplimiento en Colombia, sin perjuicio de lo estipulado en los tratados públicos'.

"Lo anterior significa que, si por el artículo 444 del Código de Procedimiento Civil está concedida apelación en el efecto devolutivo sobre el auto que decide el incidente de recusación, el recurso en realidad se predica para cuando se ha suscitado en primera instancia, de suerte que el juzgador de segundo grado tenga competencia para el conocimiento, mas no por sustracción de materia en lo civil, cuando del incidente sobre recusación de un Magistrado de Distrito Judicial conocen los demás que forman la Sala respectiva, sencillamente porque a la de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia le falta competencia para ser tribunal de alzada, como que si así no fuera, se desvirtuaría completamente la función que le es propia". (XCIII-2230, 650).

En ocasión anterior se remitió a la Sala de Negocios Generales de la Corte un negocio similar al presente, y dicha Sala se inhibió de resolver la apelación por carecer también de competencia para ello. (Auto de 27 de enero de 1954-LXXVIII-2138, 245).

El artículo 198 del Código Judicial prescribe que por regla general, en los juicios hay dos instancias o grados, y explica en seguida cuándo se inicia y surte la primera instancia y cuándo tiene lugar la segunda. Otros preceptos del mismo cuerpo legal introducen una excepción a esta regla general, consistente en señalar determinados negocios que no tienen sino una instancia. Ninguna disposición positiva autoriza ventilar un negocio en tres instancias.

El Tribunal Superior de San Gil conoce de este juicio en segundo grado, y si pudiera admitirse la apelación que se ha concedido para ante esta Sala de la Corte, ello implicaría ventilar dicho negocio en tres instancias, lo cual no está autorizado por la ley.

Como ya lo ha dicho la Corte, la apelación a que se refiere el inciso último del artículo 444 del Código Judicial, no es procedente sino cuando el negocio en que se ha promovido la incidencia sobre recusación tiene dos instancias y se encuentra en la primera de ellas, cualquiera que sea el funcionario del conocimiento. Si el segundo grado del juicio se surte ante el Tribunal, el incidente sobre recusación que entonces se proponga, deben resolverlo los demás Magistrados que forman la Sala respectiva (C. J., 442), y del auto que lo decide no puede recurrirse en apelación para ante la Corte porque lo contrario equivaldría a asignarle tres instancias al negocio.

De lo dicho se desprende de una parte que la apelación interpuesta y concedida en este asunto es improcedente, y de otro lado, que esta Sala de la Corte carece de competencia para decidir ese recurso.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, se inhibe de resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto que decidió el incidente sobre recusación de un Magistrado, propuesto en este juicio ejecutivo de Carlos Saúl Goyeneche contra Ciro Enrique Goyeneche.

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

Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Arturo C. Posada, Enrique López de la Pava.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SOCIEDAD CONYUGAL. — DISOLUCION

Legitimación del cónyuge supérstite para entablar la acción que impida el fraude o menoscabo de sus derechos. — Concepto de parte. — Se reitera la doctrina acerca de los requisitos necesarios para ejercitar varias acciones en una misma demanda.

1. Por muerte de uno de los cónyuges se disuelve la sociedad conyugal y se abre la sucesión del finado, formándose una doble universalidad de bienes: la sociedad ilíquida y la sucesión. Como el consorte supérstite, en calidad de socio, tendría derecho de cuota en la universalidad social y, eventualmente, en la herencial con el carácter de heredero o con derecho a porción conyugal, está legitimado para iniciar las acciones adecuadas, a fin de reintegrar o reconstituír el acervo patrimonial y evitar el fraude o menoscabo de sus derechos.

2. El concepto de parte en el negocio jurídico se predica de quienes originan el contrato y lo constituyen en fuente de obligaciones y derechos, como también de quienes suceden a los genitores de él, que la doctrina llama partes derivadas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, diez y nueve de septiembre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Enrique Coral Velasco).

Del Tribunal Superior de Ibagué vino a la Corte Suprema, en virtud de recurso de casación, interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de segunda instancia, el juicio ordinario propuesto por Celmira Torres viuda de Barrero frente a José Vicente Arteaga, sobre simulación absoluta de un contrato y otras acciones subsidiarias.

Las peticiones de la demanda son las siguientes:

"*Primera.* Que el contrato de compra-venta contenido en la escritura pública número 206, de fecha 13 de mayo de 1953, otorgada en la Notaría del Espinal, mediante el cual Carlos Arturo Barrero B. dijo vender a José Vicente Arteaga un inmueble ubicado en el Espinal, sobre el costado oriental de la calle novena (9ª) entre carreras cuarta (4ª) y quinta (5ª), del área urbana de esta población, compuesto de edificación y terreno, fue simulado absolutamente por no haber existido intención alguna de transferir realmente el dominio al presunto comprador, y que, por tanto, ese inmueble pertenece a la sociedad conyugal ilíquida (o en subsidio a la sucesión del causante) formada por Carlos Arturo Barrero B. y Celmira Torres viuda de Barrero, disuelta por muerte del primero.

"

"*En subsidio de ésta:* Que de haber existido ánimo de transferencia de dominio, el contrato mencionado fue simulado relativamente porque no hubo pago ninguno de precio y, por tanto, encierra una donación nula por falta de insinuación; y que como resultado de esto, se declare dicha nulidad y la simulación impetrada.

"*En subsidio de ésta:* Que el mencionado contrato de compra-venta queda resuelto por falta de pago del precio estipulado en la escritura.

"*En subsidio de ésta:* Que el mencionado contrato es nulo, o al menos no es oponible a mi mandante ni a la sociedad conyugal disuelta, por recaer sobre bien inmueble adquirido dentro de la sociedad conyugal y antes de la vigencia de la Ley 28 de 1932, y haberse enajenado sin el consentimiento de la demandante.

"*En subsidio de ésta:* Que hubo lesión enorme en el mencionado contrato de compra-venta, y

por consiguiente, el demandado debe, o completar el justo precio con deducción de una décima parte o consentir en la resolución del contrato; entendiéndose lo último si no consigna la suma que corresponda para lo primero, dentro de los seis días siguientes al de la ejecutoria de la sentencia definitiva.

"*Segunda.* Que como consecuencia de cualquiera de las anteriores declaraciones, se ordene la cancelación del registro de la mencionada escritura y se deje vigente el registro a favor del causante.

"*Tercera.* Que si al tiempo de la sentencia el demandado tuviere la posesión material de la cosa, la restituya con todos sus anexos, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la sentencia definitiva, a la sociedad conyugal ilíquida (o a la sucesión) representada por mi mandante.

"*Cuarta.* Que como demandado de mala fe, restituya la totalidad de los frutos y no solamente los percibidos, sino los que hubiere podido percibir, o su valor determinado por peritos en el juicio o en incidente posterior, desde la fecha en que entró en posesión material del inmueble hasta el día de su restitución. Frutos que deben ser pagados a la sociedad conyugal ilíquida (o en subsidio a la sucesión), representada por mi mandante.

"*Quinta.* Que pague las costas del juicio el demandado".

Los 38 hechos del libelo pueden resumirse así:

Carlos Arturo Barrero contrajo matrimonio con Celmira Torres el 4 de julio de 1928; vigente la sociedad conyugal Barrero adquirió los derechos de Felisa Barrero Cortázar, radicados concretamente en el inmueble a que se refiere la demanda, mediante escritura número 190 de 29 de agosto de 1930, de la Notaría del Espinal, inmueble que posteriormente le fue adjudicado a Barrero en la hijuela formada en el juicio de sucesión de Daniel Barrero Buitrago, y en calidad de cesionario de Felisa Barrero Cortázar; el 13 de mayo de 1953, continúan los hechos, Carlos Arturo Barrero, por escritura número 206, vendió a José Vicente Arteaga el inmueble antes referido, venta que se afirma simulada porque no hubo, por parte del vendedor, intención de transferir, ni voluntad de comprar por parte del adquirente.

Luego de relatar otras circunstancias, entre ellas la manera como Arteaga logró la celebración de ese contrato y de afirmar que el vendedor murió el 18 de mayo de 1953, la actora manifiesta que obra en representación de la sociedad conyugal formada con Carlos Arturo Barrero y de la sucesión de éste "como heredera única".

El demandado en su contestación negó los hechos y propuso excepciones perentorias.

El Juez del conocimiento declaró que el contrato contenido en la escritura 206 es simulado; ordenó la cancelación del registro de esa escritura; condenó al demandado, José Vicente Arteaga, a restituír a la sociedad conyugal ilíquida formada por el matrimonio de Carlos Arturo Barrero y Celmira Torres, representada por la cónyuge supérstite, el inmueble a que la demanda se refiere, e hizo condenación en costas.

Apelada por la parte demandada la dicha sentencia, el Tribunal de Ibagué asumió el conocimiento del negocio y profirió fallo en cuya parte resolutiva confirmó las declaraciones contenidas en los numerales 1º, 2º y 4º de la sentencia de primera instancia, y reformó el contenido del numeral 3º, en el sentido de condenar al demandado José Vicente Arteaga a restituír a la sucesión de Carlos Arturo Barrero y a la sociedad conyugal ilíquida, formada por el causante y Celmira Torres, representada por la demandante en su condición de cónyuge supérstite, el inmueble a que se refiere la demanda. Condenó en costas al demandado.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1º Acepta el Tribunal la acción de simulación, y para resolverla funda su decisión en argumentos que pueden sintetizarse así:

a) La actora del juicio fue parte en la celebración del contrato simulado contenido en la escritura 206, porque en esa escritura aparece que pagó los derechos de registro; y

b) Por razón de ser parte debería la demandante traer al juicio las pruebas que, cuando se discute simulación, están obligados a presentar quienes celebraron el contrato; pero, en el caso de autos, por imposibilidad moral de hacerlo, está exenta la actora de esa obligación, y son atendibles las pruebas presentadas. "En este negocio —dice el Tribunal— habrá de dispensarse la presentación de la contraestipulación escrita por la imposibilidad moral, en que se encontraba el señor Barrero al celebrar el acto simulatorio con José Vicente Arteaga, amigo íntimo de su casa, el cual era considerado como sobrino natural suyo, y de quien recibía, según el decir de uno de los declarantes, Pablo Mesa Pérez, testigo de la parte demandada, ayuda económica".

2º Sobre la prueba aducida al juicio, dice la sentencia:

"... Para esta Sala, la prueba allegada en este juicio, acredita plenamente que la venta realizada por Carlos Arturo Barrero B. a José Vicente Arteaga, contenida en la escritura 206 de 13 de mayo de 1953, de la Notaría del Espinal, es simulada. Existen varios indicios que determinan esta situación: a) Amistad íntima entre Arturo Barrero y José Vicente Arteaga, inclusive el demandado era considerado por el causante como pariente suyo, como un sobrino natural, y así lo aceptaban los parientes del señor Barrero, motivo éste que explica la ayuda económiça a que hace referencia Pablo Mesa Pérez, cuya declaración fue solicitada por la parte demandada; b) Las condiciones personales del aparente enajenante a la fecha del contrato acusado de simulado, tales como senectud y enfermedad; pues cuatro días después de haber firmado la escritura de venta falleció a la edad de sesenta y dos años; este indicio puede constituír la causa simulandi que explica el móvil de la llamada 'escritura de confianza', por medio de la cual se designa un testaferro para ejecutar especiales instrucciones relacionadas con la administración y disposición de los bienes ante el riesgo de la muerte; c) El precio bajo que figura en la escritura de venta, cual es de $ 7.000.00, y que en concepto de los peritos vale $ 31.204.80 en la época actual, el cual no puede haber variado en forma ostensible cuatro años antes, como muy bien lo explican los peritos, señores Francisco Sánchez, Lisandro Orjuela y Pedro Pablo Cardozo, y como lo certifican la Alcaldía del Espinal y la Oficina Catastral. A esto se agrega que ninguno de los testigos instrumentales vio recibir dinero alguno".

Examina a continuación el Tribunal las declaraciones de César Sabogal Espinosa, Herminio Góngora, Emilia B. de Rodríguez, Luis Alberto Reyes Cárdenas, Luis Alberto Muñoz, y al relacionarlas con las cartas suscritas por el demandado José Vicente Arteaga, dirigidas a la demandante, encuentra el fallador en éstas un principio de prueba por escrito, de todo lo cual infiere la prueba pertinente para establecer la simulación.

3º El demandado, en el curso de las instancias, pretendió desconocer a la demandante el derecho al ejercicio de la acción de simulación, porque para aquél debieron incoarla todos los herederos de Arturo Barrero; negó, asimismo, el interés legítimo de la demandante, porque el bien vendido pertenecía a Barrero y no a la sociedad conyugal Barrero-Torres; como también argumentó contra la acumulación de acciones efectuada en la demanda del juicio.

El Tribunal rechazó tales razonamientos, y por eso llegó a la declaración de simulación del contrato de que da cuenta la escritura 206.

LA DEMANDA DE CASACION

Dos cargos propone la demanda del recurso. Se estudiarán en conjunto, por razón de su contenido similar:

"*Cargo primero.* La sentencia es violatoria de ley sustantiva, o sea, de los artículos 1759, 1760, 1765, 1766 y 1767 del Código Civil, y 91 a 93 de la Ley 153 de 1887, por no haberlos aplicado al caso de este proceso y haber aplicado, en cambio los que consagran la figura de la simulación.

"....

"De la sentencia —dice el recurrente— se deducen dos proposiciones exactas que el Tribunal enuncia y quebranta:

"a) Que la contraprueba de la escritura tenía que ser de igual fuerza y eficacia a la de la escritura pública, por no ser la demandante extraña al contrato.

"b) Que el contrato simulado u oculto ha debido constar por escrito, dada la cuantía".

—

"Ahora bien, la mujer casada (véanse Leyes 28 de 1932 y 68 de 1946) tiene interés jurídico en demandar una simulación, respecto de actos o contratos celebrados después de la vigencia de la Ley 28 de 1932, como lo ha dicho la Corte en numerosos fallos (casaciones de 20 de octubre de 1937, G. J., Tomo XLV, página 630, de 22 de agosto de 1940, Tomo XLIX, página 842, de 10 de diciembre de 1942, Tomo LIV-bis, página 316, y de 7 de septiembre de 1953, Tomo LXXVI, página 277).

"Siendo la cónyuge la que pide la declaración de simulación, habiendo intervenido, además, en el acto, no puede presentar cualesquiera pruebas para demostrar la simulación, como si se tratara de un tercero, porque en ningún caso puede considerársela ajena al acto o contrato. 'También puede ejercitar la acción de simulación todo el que tenga interés jurídico en obtener la prevalencia del acto oculto sobre el ostensible' —ha dicho la Corte—. Pero con la salvedad que si el acto se celebró por escrito, '*la parte misma* que lo celebró debe demostrar el acto oculto

también por escrito, o por otra prueba de igual categoría, como confesión del contratante, principio de prueba por escrito, etc. Tal regla se deduce de la doctrina que informa los artículos 1759 y 1766 del Código Civil, y del segundo aparte del artículo 91 de la Ley 153 de 1887'. (Cas. de 30 de septiembre de 1936, G. J., Tomo XLIII, página 830)''.

''*Segundo cargo*. La sentencia es violatoria de ley sustantiva, por infracción indirecta de los artículos 1759, 1760, 1765, 1766 y 1767 del Código Civil y sus concordantes, violación proveniente de apreciación de las pruebas que señalaré, con lo cual incurrió el Tribunal en errores de derecho y en errores de hecho que aparecen de modo manifiesto en los autos, como paso a demostrarlo.

''Se principiará por las pruebas que el Tribunal no tuvo en cuenta para analizar luego las que justipreció erradamente de modo manifiesto''.

Para respaldar este cargo dice que el ''Tribunal dejó de apreciar las siguientes pruebas:

''a) La demanda del juicio;

''b) La escritura de compraventa;

''c) Las declaraciones de uno de los testigos instrumentales, del Notario, Alcides Guzmán, y del inquilino Pablo Emilio Castilla;

''d) Los recibos de impuestos municipales''.

Afírmase el error en la apreciación de la demanda por no haber el Tribunal parado mientes en que la acumulación de acciones cumplida en el libelo no era procedente y que ''la invalidez de una venta es incompatible con la nulidad de una venta; la simulación absoluta de la venta es incompatible con la resolución del contrato por falta de pago del precio; la simulación absoluta es incompatible con la lesión enorme. Es más, los derechos reclamados en acción se destruyen por la elección: porque si el contrato es simulado absolutamente, o es nulo por las razones que la demanda invoca, no puede ser al mismo tiempo válido para que sobre su validez se edifiquen las consecuencias de la resolución por falta de pago o de la lesión enorme por haber pagado un precio por debajo del valor que la ley marca en guarda de la equidad''.

Sobre la falta de apreciación de la escritura 206 de 13 de mayo de 1953, destaca que allí se hacen constar ''tres circunstancias importantes: primera, que la señora Celmira Torres de Barrero consignó la suma de $ 35.00 moneda corirente, 'por derechos de registro... de la venta que hace don Carlos Arturo Barrero a don José Vicente Arteaga' (f. 5), lo que hace ver que la esposa hoy demandante consintió en la venta; la segunda, que el comprador declara en la misma escritura que 'se encuentra en posesión del inmueble compravendido y que pagó su precio' (f. 5), y la tercera, que el médico E. Góngora certifica, dentro del contexto de la escritura, que examinó a Carlos Arturo Barrero, 'quien tiene aproximadamente 63 años, y goza en la actualidad de una manera completa de todas sus facultades mentales, no obstante su afección diabética' (f. 5 v. in fine)''.

Que el Tribunal ''hizo caso omiso de los testimonios del testigo instrumental Pablo Mesa Pérez, del Notario Alcides Guzmán y del inquilino de la casa Pablo Emilio Castilla Guarnizo''; y, por fin, dentro del error de hecho, dice esto:

''Los recibos de los impuestos municipales, predial y de caminos, números 32538 y 32584, del 11 de septiembre de 1954, están extendidos a nombre del señor José Vicente Arteaga (fls. 1º, 2º del C. 3).

Estos recibos, que 'hacen plena prueba acerca de su contenido como documentos auténticos' (art. 632 del C. J.), confirman la escritura de compra y las declaraciones que acaban de citarse: todo ello es prueba completa, según la ley, que invalida la decisión judicial del Tribunal (art. 593 del C. J.) y, en consecuencia, obliga a declararlo así, como una vez más se lo demando a la Corte''.

Que el Tribunal apreció erradamente las siguientes pruebas, dice la demanda de casación:

''a) Los indicios que el Tribunal enuncia''; los que califica la censura de simples conjeturas;

''b) Las declaraciones de los testigos que cita''; o sean las de César Sabogal, Herminia Góngora, Emilia de Rodríguez, Ana Rita Vera de García, Luis Alberto Reyes, Luis Alberto Núñez y José Antonio Núñez;

''c) Las dos cartas que trae a colación''; ''... pues las dos cartas no tienen el sentido que les atribuye, *no confirman* los indicios sobre simulación, ni muchísimo menos son un principio de prueba por escrito. Ni solas ni acompañadas. Las cartas cobran su verdadero sentido cuando se las relaciona con las declaraciones de Pablo Mesa Pérez, testigo instrumental, de Alcides Guzmán, Notario que extendió la escritura, y doctor Pablo Castilla Guarnizo, inquilino de la casa, a que antes se hizo alusión''.

Se considera:

1º Los mismos artículos del Código Civil (1759, 1760, 1765, 1766 y 1767) que el recurren-

te cita en su primer cargo, como no aplicados por el fallador de instancia al resolver el litigio, son los que en el desarrollo de la censura señala como "preceptos que el Tribunal invoca para quebrantar". Resulta igualmente anfibológico afirmar que la sentencia es violatoria de la ley sustantiva, entre otros del artículo 1766, "por no haberlos aplicado al caso de este proceso y haber aplicado, en cambio los que consagran la figura de la simulación", como si en el artículo 1766 del Código Civil no estuviese el fundamento de esa acción.

Si el artículo 1766 del Código Civil fue aplicado por el fallador de instancia como aparece de la sentencia respectiva, y si para el recurrente debieron tenerse en cuenta para la solución del problema las normas sobre simulación, no cabe la menor duda de la coincidencia de criterio en la aplicación de las disposiciones atinentes al presente pleito, entre el sentenciador de segundo grado y el demandante en casación.

2º No niega el recurrente el interés jurídico legalmente protegido de la mujer casada para pedir la simulación de un contrato celebrado por el marido, si por muerte de éste se disolvió la sociedad conyugal que, como en el caso en estudio, se formó por el hecho del matrimonio contraído en 1928 y se disolvió en 1953 por defunción del marido. Sólo que por creer que la mujer es parte en el negocio porque pagó la boleta de registro, afirma que para el buen suceso de la acción, debió presentar la actora contraescritura, o confesión del demandado, o principio de prueba por escrito.

3º Por muerte de uno de los cónyuges se disuelve la sociedad conyugal y se abre la sucesión del finado, formándose una doble universalidad de bienes: la sociedad ilíquida y la sucesión. Como el consorte supérstite, en calidad de socio, tendría derecho de cuota en la universalidad social y, eventualmente, en la herencial con el carácter de heredero o con derecho a porción conyugal, está legitimado, como en el presente caso la demandante, para iniciar las acciones adecuadas, a fin de reintegrar o reconstituír el acervo patrimonial y evitar el fraude o menoscabo de sus derechos.

4º Celmira Torres viuda de Barrero solicitó se declare simulado el contrato de venta celebrado entre su marido y José Vicente Arteaga. Manifestó actuar en nombre de la sociedad conyugal ilíquida, o, en subsidio, a nombre de la sucesión del causante, que tiene por perjudicadas en virtud de ese acto de disposición. Pretende evitar el fraude del ordenamiento jurídico que ocasionaría el contrato simulado y el consiguiente desconocimiento de sus derechos, posición que la coloca en libertad de aducir las pruebas que estime adecuadas, sin la limitación a que en este campo están reducidas las partes que crearon el acto simplemente aparente. Sin embargo, el Tribunal estima que la demandante es parte en el acto simulado porque pagó la boleta de registro de la escritura, y aunque la exime "por imposibilidad moral" de presentar la prueba que como parte debió allegar, por razón del parentesco de Barrero y Arteaga, asienta, pues a eso equivale, que parte es quien no celebró el contrato y que puede serlo quien sólo tenga conocimiento de la constitución de un contrato simulado. El mismo argumento de que la actora es parte esgrime el recurrente; pero, de manera más radical, ya que al afirmar esa calidad, impugna la sentencia del Tribunal por haber admitido prueba distinta de la contraescritura, la confesión o el principio de prueba por escrito.

El Tribunal y el recurrente caen en error, porque el concepto de parte en el negocio jurídico, se predica de quienes originan el contrato y lo constituyen en fuente de obligaciones y derechos, como también de quienes suceden a los genitores de él, que la doctrina llama partes derivadas. Mas el error del Tribunal no da lugar a casar la sentencia, sino a la rectificación doctrinaria, y a la exoneración del pago de costas, pues en cuanto al recurso, sirven para declarar su impotencia e insuceso las mismas razones expuestas para rectificar al Tribunal.

5º En relación con el segundo cargo, cuyo enunciado antes se copió, conviene aclarar, una vez más, que en principio no procede en casación acumular el error de hecho con el de derecho. La lógica, el orden y el rigor del recurso obligan a postular por separado esas censuras.

Se dice que "el Tribunal dejó de apreciar las siguientes pruebas:

"a) La demanda del juicio;

"b) La escritura de compraventa;

"c) Las declaraciones de uno de los testigos instrumentales, del Notario, Alcides Guzmán, y del inquilino, Pablo Emilio Castilla:

"d) Los recibos de los impuestos municipales".

En relación con la falta de apreciación de la demanda, se sostiene que a pesar de haberse acumulado en el libelo acciones opuestas entre sí, el Tribunal declaró la simulación desconociendo el contenido del artículo 209 del Código Judicial.

6º No sería posible el error de hecho por el desconocimiento total y simultáneo de la demanda. Equivaldría a afirmar que el Juez desconoció la existencia de la demanda o que supuso una no existente. El litigio está resuelto sobre la base de las peticiones del libelo, y eso lo demuestra el mismo recurrente al creer vulnerado el artículo 209 del Código Judicial, por haber tenido en cuenta las peticiones que él afirma indebidamente acumuladas. Además, la cita de este artículo como medio de violación de ley sustancial, cambia la faz del cargo, convirtiéndolo en error de derecho, ya que, cuando se trata de error evidente, la transgresión a la ley material se hace sin consideración a las normas, que la técnica llama disposiciones medios.

Si lo dicho sería suficiente para desechar el error imputado a la sentencia en el aspecto anotado, es oportuno recordar que la Corte tiene repetida y copiosa jurisprudencia en que ha admitido la posibilidad de atracción o acumulación de las acciones que el recurrente cree inacumulables por opuestas, y así en casación de 19 de agosto de 1940 (XLIX-823) y en la de 9 de febrero de 1944 (LXII-44), se admite la acumulación, en forma subsidiaria, de la acción de simulación y de la de nulidad por causa de demencia de una de las partes; en casación de 24 de marzo de 1942 (LIII-262) autoriza la acumulación eventual de la acción de simulación y la rescisión por lesión enorme; el 10 de diciembre del mismo año (LIV-bis-317) acepta la de simulación y la de resolución; el 9 de marzo de 1943 (LV-45) la de nulidad y rescisión, etc.

Para la Corte, "según el artículo 209 del Código Judicial, se pueden ejercer varias acciones en una misma demanda, con tal que haya *unidad de competencia* e *identidad de procedimiento*, y sean, además, *compatibles entre sí*. Empero, en relación con este último requisito, pueden ser *contrarias* si se proponen en forma *subordinada* o *eventual*. Mas si aún en esta forma pueden incoarse, si hay entre ellas *oposición* o contradicción... Se sigue de lo expuesto que siempre que se trate de fundamentos idénticos, diversos pero compatibles y diversos e incompatibles, procede la acumulación, más siempre en forma subordinada, subsidiaria o eventual" (LXXX-2153-111).

7º La escritura de compraventa fue motivo de estudio al analizar el cargo por error de derecho, lo mismo que el alcance que para el caso del juicio y de este recurso tuviera tal documento, lo cual demuestra que no hubo error palmario porque, la apreciación que de ella hace la sentencia, desvirtúa la censura que se estudia. Y, en cuanto al error craso con relación a las declaraciones de Alcides Guzmán y Pablo Emilio Castilla, y los recibos de pago de impuestos municipales, es suficiente afirmar que, aún pasadas por alto estas pruebas, el cargo sería impróspero, en virtud de quedar en pie los demás elementos probatorios.

8º Los argumentos presentados para demostrar error de derecho en la apreciación indicial cumplida por el fallador de grado, no logran desvirtuar el valor lógico atribuído a los hechos indicadores y, mientras estos no se vulneren con la demostración de haber caído en error de hecho o de derecho, quedan en firme las valoraciones del Tribunal, en razón de su autonomía para darles eficacia probatoria.

RESOLUCION:

Por lo dicho, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué de quince (15) de septiembre de mil novecientos cincuenta y nueve (1959), proferida en el juicio ordinario de Celmira Torres viuda de Barrero contra José Vicente Arteaga, sobre simulación de un contrato de compraventa.

Sin costas en el recurso.

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

Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velasco, José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava. — *Enrique J. González*, Conjuez, *Guillermo Ospina Fernández*, Conjuez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

PARTICION

Pérdida del interés jurídico para atacar en casación el nuevo trabajo partitivo.

Por ineludible imperativo de un orden que garantiza, tanto la seguridad de los contendientes y la independencia de los Jueces, como la economía y eficacia de los procedimientos, cada etapa procesal tiene su régimen de ley, con arreglo al cual han de hacerse valer, en su oportunidad, por los litigantes, los medios de defensa de sus correspondientes derechos.

En este orden, no es el recurso de casación instrumento apto para revivir etapas válidamente canceladas del juicio o hacer valer medios de derecho privado que no fueron ventilados por ante los juzgadores de instancia.

Así, tratándose del recurso extraordinario contra las sentencias de los Tribunales que aprueban las particiones hechas en los juicios divisorios de bienes comunes, o de sucesión, o de liquidación de sociedades disueltas, es preciso, como lo enseña la doctrina, que la providencia sobre que versa el recurso importe un pronunciamiento acerca de cuestión contenciosa, es decir, controvertida por las partes y pendiente de una decisión definitiva. Entonces, este recurso implica en el punto la culminación de un debate, ya sobre objeciones propuestas por los interesados (art. 964, C. J.), ya sobre reparos formulados por el Juez en función tuitiva de los intereses de incapaces (art. 1399, C. Civ.), y supone que en los grados del juicio se hayan usado los recursos de ley impeditivos de la preclusión del debate dentro del proceso mismo.

Conviene recordar aquí lo dicho por la Corte, relativamente a esta cuestión, cualquiera que sea el que se considere de los referidos supuestos de objeciones de las partes o de reparos del Juez (proveído de 5 de julio de 1962 sobre recurso de hecho propuesto por Julio Gutiérrez Bocanegra, en relación con el divisorio seguido por éste contra María del Carmen Gutiérrez Bocanegra y otras, aún no publicado).

Por lo tanto, si uno de los interesados formula objeciones que son aceptadas por el Juez, en cuya virtud éste dispone rehacer la cuenta, "corresponde, entonces, a la parte que ha estado conforme con la partición original, agotar el recurso de apelación contra el auto que tal ordena, para que, si éste es confirmado por el superior, pueda recurrir después en casación contra la sentencia de segundo grado que aprueba la nueva partición, supuesto que la dicha parte no se haya conformado con el fallo de primera instancia aprobatorio de ésta". (Prov. cit.).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., veinticuatro de septiembre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por parte del Hospital Infantil de Bogotá contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 24 de marzo de 1960, en el juicio de sucesión de Julio Garzón Nieto.

I

El asunto.

El doctor Julio Garzón Nieto, en testamento cerrado que, con las respectivas diligencias de apertura, corre protocolizado en la Notaría 4ª del Circuito de Bogotá, por medio de la escritura número 3366 de 24 de julio de 1951, legó, por partes iguales, a las entidades de Beneficencia denominadas Hogar Clínica San Rafael, Hospital de la Misericordia, Amparo de Niños Abandonados y Hospital Infantil, el edificio marcado

en su puerta principal con el número 18-93 de la carrera 5ª de esta ciudad. Tal el contenido de la cláusula cuarta.

Y en la sexta, textualmente dijo: "De las asignaciones testamentarias que me he permitido legar al Hogar-Clínica 'San Rafael', Hospital de la Misericordia, Amparo de Niños Abandonados y Hospital Infantil, de que trata la cláusula cuarta de la presente memoria, se tomará lo necesario para pagar los gastos que ocasionen mi mortuoria, las costas y gastos del juicio de sucesión, inclusive el impuesto total de Sucesiones y Donaciones, es decir, el Lazareto, desde la apertura del testamento y medidas preventivas que se tomen hasta su protocolización, el pago de honorarios del Albacea y del Partidor que adelante designaré, en tal suerte que dichos asignatarios deberán satisfacer en común las cargas que dejo expresadas".

La sucesión se ha adelantado como mixta, esto es, en parte testada y en parte intestada, por cuanto el causante en su dicho testamento se limitó a establecer algunos legados.

Llegado el proceso a la etapa de la partición de bienes, el partidor observó que de unos frutos civiles provenientes de cierta finca situada en la calle 11 con la carrera 4ª de esta ciudad, correspondiente a la sucesión ab intestato, el Albacea había tomado así la cantidad de $ 3.446.54 para satisfacer a la Administración de Hacienda un impuesto de renta y patrimonio causado por la misma sucesión, y cuyo pago correspondía hacer, según la cláusula sexta del testamento, a las cuatro entidades de beneficencia atrás mencionadas, como otras cantidades entregadas a partícipes que no tenían derecho a ellas; y para obviar tal dificultad, optó el partidor por establecer en su trabajo créditos personales a cargo de estas entidades y personas, en favor de los asignatarios ab intestato, por los valores así erogados, y, en tal virtud, hacer a las primeras las adjudicaciones correspondientes a sus asignaciones testamentarias, sin reducciones en especie.

En consecuencia, en la partición les fue adjudicado a las cuatro entidades de Beneficencia denominadas Hogar-Clínica San Rafael, Hospital de la Misericordia, Amparo de Niños Abandonados y Hospital Infantil, en su totalidad y por cuotas iguales pro indiviso, el referido edificio número 18-93 de la carrera 5ª; y en sección especial, o sea la V de la cuenta, se impuso a las mismas entidades la obligación de pagar entre todas y por partes iguales a los partícipes Alfonso Camargo Garzón, Adelina Camargo viuda de Vargas, María Elvira Camargo viuda de Garzón, María Camargo de Piñeros, Alfredo Garzón Martínez, Julio José Garzón Martínez, Miguel Osorio Garzón, Jorge Osorio Garzón, Alejandro Osorio Garzón y Pedro Jaramillo G., la cantidad total de $ 3.446.54, igual y correspondiente a la que satisfizo el Albacea a la Administración de Hacienda en razón del impuesto de renta y patrimonio de que atrás se habló.

Este trabajo fue materia de varias objeciones de parte de algunos de los interesados, distintos de las referidas instituciones de Beneficencia; y una de tales objeciones fue la que el apoderado de los herederos Julio y Alfredo Garzón M., y Pedro M. Jaramillo Garzón formuló por "la formación de créditos personales a cargo de entidades o personas que recibieron valores procedentes de la sucesión intestada, sin tener derecho a ellos, o que los invirtieron en pago de impuestos del causante, Sección IV y Sección V, en lo relativo a los representados del objetante, Garzón Martínez y Jaramillo Garzón, porque no hay disposición legal que lo autorice. Debe el partidor tomarlos de los bienes que adjudica a esas entidades o personas, proporcionalmente al avalúo de tales bienes, o exigir se consignen en efectivo; pero no está autorizado para hacerlo en la forma que objeto, dejando sin garantía tales valores de los herederos ab intestato".

El Juez del Circuito, mediante providencia que quedó ejecutoriada, pues no fue reclamada por ninguno de los interesados, se pronunció sobre esta objeción así:

En la parte considerativa dijo: "En lo tocante a los frutos producidos por el inmueble del cual no dispuso el testador, deben entrar a acrecer la suma que pertenece a la sucesión intestada, y si por error se hicieron anticipos a personas que no tenían derecho a ellos, debe hacerse la deducción correspondiente en la respectiva hijuela, restando al valor de ella lo recibido por el adjudicatario respectivo. También se puede, como lo sugiere el doctor Julio Eduardo Riveros, exigir que esas personas o entidades consignen en efectivo esos valores que, como se dijo, vienen a aumentar, proporcionalmente, el valor de la hijuela de los herederos ab intestato".

Y en la parte resolutiva: "3º Declárase, igualmente, probada la objeción propuesta por no haber deducido el partidor en las respectivas hijuelas lo recibido por algunos adjudicatarios, del Albacea, sin tener derecho a ello".

En cumplimiento de este proveído, el partidor formuló un nuevo trabajo, en el que, prescindiendo de establecer créditos a cargo de las entidades de Beneficencia por razón del impuesto satisfecho a la Administración de Hacienda, les

cubre sus asignaciones en el edificio de la carrera 5ª, adjudicándoles en éste sendas cuotas *ad valorem* correspondientes al resultado de deducir del valor del mismo inmueble el del impuesto sobredicho. Es así como la hijuela para cada uno de estos cuatro institutos reza ahora la adjudicación de una cuota pro indiviso equivalente a setenta y ocho mil ochocientos setenta y cinco pesos y cincuenta y dos centavos ($ 78.875.52), sobre la cantidad total de trescientos diez y ocho mil novecientos cuarenta y ocho pesos y sesenta y tres centavos ($ 318.948.63) en ese bien, más el aumento de un (1) centavo a la cuota del Hospital Infantil.

El Juez del Circuito, mediante sentencia en que estimó que esta nueva partición se ajusta al auto que decidió sobre las objeciones, le impartió su aprobación; y a virtud de apelación, interpuesta por parte de los apoderados del Hogar-Clínica San Rafael, Amparo de Niños y Hospital Infantil, el Tribunal, en pronunciamiento de 24 de marzo de 1960, en el que advirtió que los recurrentes "no se presentaron a sustentar el recurso", y que "cuando el trabajo de partición se presenta de acuerdo con las objeciones formuladas oportunamente, al Juez de la causa no corresponde sino aprobarlo de plano, por imperativo de la ley", confirmó lo resuelto por el inferior.

Contra esta última sentencia, solamente el mandatario del Hospital Infaltil de Bogotá interpuso el recurso de casación, a cuya definición se procede.

II

El recurso extraordinario.

Un cargo único formula el impugnante, en el ámbito de la causal primera de casación diciendo ser la sentencia del Tribunal violatoria de los artículos 1391, 1392, 1393 y 1394 del Código Civil, por interpretación errónea e indebida aplicación, como también de los artículos 964, 965 y 959 del Código Judicial; y a intento de desarrollar esta acusación, desata los varios argumentos cuya sustancia cabe recoger en el siguiente resumen:

Que el testador asignó el edificio por cuartas partes a las referidas entidades de Beneficencia, con la obligación personal de sufragar los gástos del juicio mortuorio, inclusive los impuestos, sin que tal obligación pudiera convertirse en la pérdida de un derecho sobre el inmueble, para dar cabida en éste a otras personas, con modificación sustancial de la voluntad testamentaria;

que no habiendo reclamado las instituciones de Beneficencia contra el primer trabajo de partición, las hijuelas que en éste se les formaron debían ser mantenidas tales como fueron integradas;

que en cuanto no se haga necesaria la modificación de las asignaciones mencionadas, han de mantenerse con las cargas que les corresponden;

que el Tribunal erró al sostener que la nueva partición se ajusta al pronunciamiento del Juez *a quo*, de 14 de mayo de 1959, que decidió sobre las objeciones formuladas contra la primera cuenta, pues tal proveído "no ordenó reducir o cargar a las adjudicaciones de las instituciones de caridad, los dineros recibidos por varios adjudicatarios indebidamente; no resolvió que sobre esas adjudicaciones corrían esas cargas, de conformidad con el artículo 1112 del Código Civil (sic), y si ello fue así el partidor no tenía por qué variarlas ni tampoco por qué cambiarlas agregándoles nuevos partícipes contra la voluntad del testador";

que el partidor prescindió del avalúo pericial dado en el juicio al inmueble materia del legado hecho a las instituciones de caridad, avalúo que es el de $ 334.000.00, para adjudicarlo a tales institutos en común con otros partícipes por la cantidad de $ 318.948.63, sin que existiera convenio al respecto entre los coasignatarios, ni otra razón alguna que justificase este proceder, con el que se pasó por encima del artículo 1392 del Código Civil, y

que tampoco hizo el partidor la hijuela para pago del pasivo en la forma ordenada por el artículo 1393, ibídem, esto es adjudicando en cartilla separada "bienes suficientes a aquellas personas que hayan hecho los gastos o que deban hacerlos, y con la respectiva obligación claramente expresada", porque no se pueden involucrar los títulos de adjudicación, para gravar con condiciones bienes que nada tienen que ver con éstas.

De todo lo cual concluye que el acto de partición es ilegal, como contrario a los preceptos con que el cargo se relaciona y que, por lo tanto, la sentencia acusada es violatoria de las mismas normas.

Consideraciones de la Corte.

1. Por ineludible imperativo de un orden que garantiza, tanto la seguridad de los contendientes y la independencia de los Jueces, como la economía y eficacia de los procedimientos, cada etapa procesal tiene su régimen de ley, con arreglo al cual han de hacerse valer, en su oportu-

nidad, por los litigantes, los medios de defensa de sus correspondientes derechos.

2. En este orden, no es el recurso de casación instrumento apto para revivir etapas válidamente canceladas del juicio o hacer valer medios de derecho privado que no fueron ventilados por ante los juzgadores de instancia.

3. Así, tratándose del recurso extraordinario contra las sentencias de los Tribunales que aprueban las particiones hechas en los juicios divisorios de bienes comunes, o de sucesión, o de liquidación de sociedades disueltas, es preciso, como lo enseña la doctrina, que la providencia sobre que versa el recurso importe un pronunciamiento acerca de cuestión contenciosa, es decir, controvertida por las partes y pendiente de una decisión definitiva. Entonces este recurso implica en el punto la culminación de un debate, ya sobre objeciones propuestas por los interesados (art. 964, C. J.), ya sobre reparos formulados por el Juez en función tuitiva de los intereses de incapaces (art. 1399, C. C.), y supone que en los grados del juicio se hayan usado los recursos de ley impeditivos de la preclusión del debate dentro del proceso mismo.

Es así como, relativamente a esta cuestión, ha dicho la Corte que cualquiera que sea el que se considere de los referidos supuestos de objeciones de las partes o de reparos del Juez, "será necesario que por el respectivo interesado en recurrir en casación contra la sentencia del Tribunal aprobatoria de la partición, la materia contenciosa se haya fijado dentro del juicio, agotando jerárquicamente los posibles medios de debate en instancia, bien contra la sentencia que rechazando las objeciones aprobó el trabajo de partición, bien contra el auto en que, por acogerse las objeciones de alguna de las partes o formularse reparos por el propio juzgador en guarda de los derechos de incapaces, se desechó el trabajo presentado y se ordenó efectuar uno nuevo" (proveído de 5 de julio de 1962 sobre recurso de hecho propuesto por Julio Gutiérrez Bocanegra en relación con el divisorio seguido por éste contra María del Carmen Gutiérrez Bocanegra y otras, aún no publicado).

4. Por lo tanto, si uno de los interesados formula objeciones que son aceptadas por el Juez, en cuya virtud éste dispone rehacer la cuenta, "corresponde, entonces, a la parte que ha estado conforme con la partición original, agotar el recurso de apelación contra el auto que tal ordena, para que, si éste es confirmado por el superior, pueda recurrir después en casación contra la sentencia de segundo grado que aprueba la nueva partición, supuesto que la dicha parte no se haya conformado con el fallo de primera instancia aprobatorio de ésta". (Prov. cit.).

5. Ahora bien, el caso *sub judice* ofrece los siguientes hechos:

a) Que en el primer trabajo de partición se adjudicaba en su totalidad a las entidades de Beneficencia: Hogar-Clínica San Rafael, Hospital de la Misericordia, Amparo de Niños Abandonados y Hospital Infantil, el edificio número 18-93 de la carrera 5ª, estimado en $ 318.948.63, estableciéndose a cargo de las mismas instituciones sendos créditos personales por $ 861.63 cada uno, correspondientes en conjunto al monto de un impuesto satisfecho a la Administración de Hacienda, con frutos de otro inmueble perteneciente a la sucesión intestada, de la misma manera que se estatuían créditos personales a cargo de otros asignatarios que recibieron, sin corresponderles, parte de los mismos frutos;

b) Que contra este trabajo se formuló por algunos de los interesados la objeción de que la formación de tales créditos "a cargo de entidades o personas que recibieron valores procedentes de la sucesión intestada, sin tener derecho a ellos, o que los invirtieron en pago de impuestos del causante", Sección V, no está autorizada por la ley, y que lo que debía hacerse por el partidor era tomar los valores de dichas erogaciones, "de los bienes que adjudica a esas entidades o personas, proporcionalmente al avalúo de tales bienes", o exigir su consignación en efectivo;

c) Que el Juez del Circuito, en auto de 14 de mayo de 1959, declaró probada esta objeción, además de otras, y ordenó que por el partidor se rehiciera el trabajo teniendo en cuenta las observaciones formuladas en esa decisión;

d) Que esta providencia no fue reclamada en forma alguna por ninguno de los interesados, quienes así la dejaron convertir en ley del proceso;

e) Que el partidor, ateniéndose a lo dispuesto en la misma resolución, presentó una segunda cuenta, en la cual eliminó los referidos créditos contra las dichas entidades de Beneficencia, y en cambio les redujo el valor de sus hijuelas en la medida de los créditos suprimidos, o sea que a cada uno de estos institutos solamente le adjudicó en el edificio de la carrera 5ª una cuota equivalente a $ 78.875.52, aumentando la del Hospital Infantil en un (1) centavo, sobre un total de $ 318.948.63, con el resultado de tener

que asignar el remanente en el edificio a otros interesados, y

f) Que esta segunda partición hubo de ser aprobada por el Juez en fallo confirmado por el del Tribunal, materia del recurso extraordinario.

6. Confrontados el texto de la objeción susodicha y el de la providencia que la admitió, no sale cierta la afirmación del recurrente de que el Juez dejó de pronunciarse sobre la tacha en relación con los institutos de Beneficencia, porque si ella, como aparece de las transcripciones anteriormente hechas, toca con entidades y personas que sin derecho recibieron valores de la sucesión intestada o los invirtieron en pago de impuestos, y el Juez en la consideración pertinente de su proveído aludió a personas y entidades que se habían beneficiado con frutos de la sucesión intestada, y si lo que de tales frutos pagó el Albacea por razón del impuesto que debían sufragar las mencionadas entidades de Beneficencia, es como si ellas lo hubiesen recibido de aquél, quiere decir que éstas también fueron comprendidas por el punto tercero de la decisión en referencia, en el que se declaró "probada la objeción propuesta por no haber deducido el partidor en las respectivas hijuelas lo recibido por algunos adjudicatarios del Albacea, sin tener derecho a ello".

7. Si, pues, el representante del Hospital Infantil consintió, por no haberlo reclamado, el auto del Juez que así falló la referida objeción contra el primer trabajo de partición, y el partidor en la nueva cuenta se ajustó a lo dispuesto en tal proveído, introduciendo las modificaciones que éste ineludiblemente le imponía, quiere decir que no está legitimado el recurrente para deducir, en relación con la materia ya definida, ataque alguno en casación contra la sentencia del Tribunal que confirma la del Juez aprobatoria de ese nuevo trabajo.

8. Ni tampoco hay campo para considerar el cargo referente a la modificación que se dice hizo el partidor en el valor del inmueble, porque semejante cuestión de hecho debió ser objeto de controversia en instancia, en las oportunidades que para promoverla tuviera entonces la parte ahora inconforme; pero no habiendo sido propuesta allí ni considerada en forma alguna por el sentenciador, constituye un medio nuevo, extraño al recurso extraordinario, que dentro de su técnica y reglamentación no permite resolver sobre extremos, no tocantes con el orden público, que no fueron planteados ni decididos en los grados del juicio.

9. Todo lo expuesto es suficiente para que deba desacogerse la impugnación de que se trata.

RESOLUCION:

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha veinticuatro (24) de marzo de mil novecientos sesenta (1960), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas en casación a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial*, y vuelva el proceso al Tribunal de origen.

Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

PARCIALIDADES O RESGUARDOS DE INDIGENAS. — SU REGIMEN

Historia y alcance socio-jurídico. — Función social de tales bienes. — Legislación de indígenas. — Las Parcialidades de indígenas. — Modos de adquirir, en general, en lo referente a las tierras de las Parcialidades. — Accesión, ocupación, tradición y sucesión por causa de muerte. — Prescripción del dominio de las tierras de Resguardos. — Son imprescriptibles. — Posibilidad de ser usucapidas, hayan sido o no entregadas en usufructo a los miembros de la comunidad. — Situación jurídica del indígena miembro de una Parcialidad. — Caracteres de la Comunidad de los terrenos de Resguardos.

1. Los ordenamientos contenidos en los artículos 1º y 2º de la Ley 89 de 1890 no han sufrido reforma en las leyes que posteriormente han sido promulgadas sobre el problema indígena.

Tales ordenamientos pueden analizarse brevemente así:

a) Se refieren a "indios salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada" y a "las comunidades de indígenas reducidos ya a la vida civil".

b) Para los "que vayan reduciéndose a la vida civilizada". dispone el artículo 1º, no regirá la legislación general de la República, sino los acuerdos entre el Gobierno y la autoridad eclesiástica.

c) Para "las comunidades de indígenas reducidos ya a la vida civil", y que por ello componen las Parcialidades, prescribe que "tampoco se regirán por las leyes generales de la República en asuntos de "Resguardos", sino por las disposiciones de la misma Ley 89 de 1890. "Las comunidades de indígenas reducidos a la vida civil —dice la casación de abril 30 de 1946— se gobiernan por las disposiciones de la Ley 89 de 1890, y el Código Civil actúa solamente como ley supletoria". (LX. 2032 y 2033, 408).

d) De donde se infiere que a las comunidades o Parcialidades de indígenas —participantes ya de la vida civilizada— les obliga la generalidad de las leyes del país, pero no en lo que respecta a "los asuntos de Resguardos", sujetos a los preceptos de la citada ley y de las que luego se han expedido sobre el mismo particular.

2. La comunidad o Parcialidad de indígenas —según la casación de abril 30 de 1946, LX, 2032-2033, pág. 413—, es "un organismo formado por dos elementos: el indígena, llamado por la Ley 89 de 1890, parcialidad de indígenas, o sea un conjunto de indígenas sometido a la organización que contemplan los artículos 3º y siguientes; y el geográfico, o sea el territorio en el cual vive la parcialidad de indígenas".

Con la expresión "terrenos de resguardo" se hace referencia a las tierras atribuídas a una parcialidad de indígenas, divisibles, para su goce únicamente, entre los indios del respectivo Resguardo, e inenajenables, además, según las leyes de la Corona. Según las de la República, igualmente divisibles, en goce o usufructo, en una primera etapa, y en otra adjudicables en propiedad, con carácter de enajenables, pero con los requisitos de las ventas de inmuebles de menores en los primeros quince años, a partir de de la división definitiva (arts. 40, Ley 89 de 1890, 34, Ley 19 de 1927 y 7º, Ley 81 de 1958).

Son "asuntos de resguardos", con arreglo a la Ley 89 de 1890, cuantos toquen con estos temas: el dominio de las tierras asignadas a las Parcialidades; la destinación de parte de ellas, a plazas, calles y demás objetivos o necesidades de la población; la conservación de los títulos de propiedad de las mismas y la prueba supletoria de la titulación, prevista en los artículos

12 de la Ley 89 de 1890 y 9º de la Ley 81 de 1958; la defensa de la propiedad y posesión de los terrenos; el reparto material de los mismos entre los indios de la Parcialidad, para que éstos y sus familias gocen de sus respectivas parcelas; la división y la adjudicación de la propiedad de las tierras, a los miembros de la Parcialidad, etc. Estas materias se rigen, en consecuencia, no por la legislación general, sino la especial de la mencionada Ley 89 y las posteriormente expedidas sobre este asunto.

Una mirada a los modos de adquirir en general, en lo referente a las tierras de las Parcialidades, contribuirá a despejar el horizonte de la prescripción en cuanto a las mismas:

A) Les es aplicable la accesión: cuando a frutos, le pertenecen al indígena usufructuario de la parcela; respecto al suelo, con el ensanche de éste, el goce aumenta; en lo referente a incorporación de muebles (materiales, semillas, etc.) se aprovecha igualmente el usufructuario.

B) La ocupación, no les es aplicable por no tratarse cosas nullius.

C) En lo concerniente a la tradición, no pueden los indios enajenar el dominio de la porción recibida en usufructo, mientras no se haya verificado el reparto, en propiedad, ni siquiera a pretexto de enajenar las mejoras "que siempre se considerarán accesorias de los terrenos" (ordinal 7º, art. 7º, Ley 89 de 1890). De donde se deduce que la tradición de la propiedad de la parcela asignada en goce, no es procedente, ya que es absolutamente nula la enajenación, según la norma del artículo 40 de la Ley 89; y por motivos semejantes tampoco la de la cuota proindiviso en las tierras del Resguardo, con vinculación o sin ella al lote de terreno cuyo goce ha sido adjudicado.

D) En relación con la sucesión por causa de muerte y en cuanto a las parcelas atribuídas en usufructo, éste no se trasmite ab intestato (art. 829, C. C.); ni tampoco por testamento, porque lo prohibe el artículo 95 del Decreto número 74 de 1898. El artículo 27 de este Decreto dispone que muertos el padre y la madre usufructuarios, debe adjudicarse el usufructo de la misma parcela a sus hijos solteros o menores de diez y ocho años que se hallaban bajo la protección de aquellos.

3. En lo referente a la prescripción del dominio de las tierras de Resguardos, cabe considerar:

A) Las Parcialidades o Comunidades de Indígenas constituyen una de las más importantes instituciones del Derecho Indiano, ya que con ellas persiguió la monarquía la defensa del indio. La legislación para las Indias respetó siempre la propiedad de la tierra que habitaban las tribus indígenas. Cuando prescribía reducir a los indios a vivir en comunidad "se ordenaba expresamente que no se les quitasen las tierras que antes hubieren tenido". "Ahora bien, esta doctrina jurídica —agrega Ots Capdequi— tuvo su manifestación más interesante en el conjunto de normas de carácter consuetudinario y de carácter legal que se elaboraron para regir la vida de las Comunidades de indios. Lo que predominó en orden al problema del indio en relación con la tierra, de una manera casi exclusiva, fue la propiedad comunal, y por eso los legisladores españoles, recogiendo inteligentemente normas vivas del derecho consuetudinario, estructuraron toda la vida económica de los pueblos o reducciones de indios sobre la base de los resguardos.

"En los resguardos hay que hacer destacar estas notas representativas: el resguardo lo constituye una unidad económica, estaba integrado por el término municipal de cada pueblo de indios, de cada reducción; era un bien, en conjunto, inalienable". (El Régimen de la Tierra en la América Española durante la Colonia, p. 101, Editora Montalvo, Ciudad Trujillo, 1946).

Con las Parcialidades España respondía al hecho histórico de un pueblo que siglos atrás ocupaba, poseía y cultivaba la tierra descubierta, hecho que imponía al conquistador el deber primario de abrir a los aborígenes el camino de la civilización. Los agrupó en comunidades o parcialidades, atendiendo a las diferentes razas, lenguas y costumbres; les atribuyó áreas territoriales determinadas, en las cuales pudiesen construír el pueblo, así como disponer de terrenos cuyo cultivo, en parcelas, les proporcionasen el sustento, y les dio leyes de humanitaria largueza tendientes a aliviar su estado. Así se practicó esta institución en la Colonia y así pasó a la República.

Mas fue perfeccionada por ésta, comoquiera que el disfrute del terreno habría de trocarse después en propiedad, coronando, en lo patrimonial, el proceso de adaptación del indio a la vida civil. Leyes dictó la República casi año tras año, desde 1821 a 1890, y de entonces a hoy tampoco han sido escasas para reconocer y garantizar ese usufructo previo, seguido de la distribución definitiva.

B) No puede, por tanto, resolverse problema alguno de carácter indígena relacionado con los

terrenos de Resguardos, sin mirar a dicha institución, y sobre todo a su finalidad. Las leyes de España y las de la República componen un mismo proceso, ligado por idéntica causa de humanidad y de justicia para con los pueblos conquistados. Si la Corona reconoció la tierra a los indios y los organizó de modo que se sirviesen de ella, fue porque ese goce representaba para la metrópoli uno de los medios de realizar el imperativo de su misión frente al aborigen, y para éste la senda hacia una vida más acorde con la naturaleza humana a que pertenecían; y si más tarde la República reiteró ese goce, aquilatado con la seguridad de mudarse en dominio, fue porque esa tenencia contribuía a realizar igualmente la empresa de rescatar al indio de sus costumbres ancestrales. No hay rastro en las leyes de España de que la prescripción del Derecho histórico peninsular hubiese ingresado a las instituciones del Derecho indígena, en lo que respecta a las tierras de Resguardos, destinadas, tanto a las necesidades de carácter urbano de sus aldeas como al usufructo de sus moradores mediante la parcelación referida.

La propiedad de las tierras de Resguardos perteneció a los indios constituídos en Parcialidades, según las leyes de la Corona, y de igual manera de acuerdo con la legislación nacional. La Corte lo declara en sentencias de abril 13 de 1921 (XXVIII, 1479, 344) y diciembre 5 del mismo año (XXIX, 1503, 124), proferidas por la Sala de Negocios Generales; de octubre 30 de 1925, de la Sala Plena, en proceso de acusación de inexequibilidad de algunos preceptos de las Leyes 55 de 1925, 104 de 1919, 32 de 1920 y 38 de 1921 (XXXII, 1655 y 1656, 90); noviembre 19 de 1928 (XXXV, 1802, 74); agosto 30 de 1933 (XLI, 1895, 513); octubre 31 de 1933 (XLI-bis, 1895 a. 40); octubre 10 de 1942 (LV, 1993 a 1995, 124) y abril 30 de 1946 (LX, 2032 y 2033, 408). Los distintos fallos proferidos por la Corte, con el objeto de sustentar el dominio de la tierra de los resguardos, a favor de los indios, citan invariablemente, "entre otras disposiciones, la Ley XVIII, Título XII, Libro IV de la Recopilación de Indias, la XIV del mismo Título y Libro, y la XIX del Título y Libro citados", así como respecto de la legislación nacional, el decreto del Libertador fechado el 15 de octubre de 1828 y las leyes de octubre 21 de 1821, marzo 6 de 1832, junio 2 de 1834 y 89 de 1890, aparte de las que posteriormente han sido dictadas sobre el mismo triple principio del reconocimiento de la propiedad de la tierra en favor de las Parcialidades, es decir, de los indios; el goce de la tierra para ellos mismos durante un tiempo, y la división de la tierra, entre los miembros de la Parcialidad.

Conviene recordar aquí, de la sentencia de octubre 30 de 1925, los importantes conceptos sobre los propósitos de la primera ley de la República sobre este asunto, o sea la de 21 de octubre de 1821 (G. J. T. XXXII, 1655-1656, 90). E igualmente lo dicho en la de 10 de octubre de 1942, en relación con la misma materia (G. J. T. LV. 1993-1995, 133 a 134).

De estos fallos se concluye que ha sido doctrina nacional la de que el dominio de las tierras de Resguardos pertenece a las respectivas parcialidades de indígenas; comunidades especiales que se manifiestan, primeramente, en la distribución de las tierras, en usufructo; y después en propiedad, tal como lo preceptúan las leyes 89 de 1890, 104 de 1919, 38 de 1921, 19 de 1927 y 81 de 1958, y el Decreto extraordinario número 1421 de 1940.

La casación de 31 de octubre de 1933 (XLI-bis, 1895 A, 38) acogió la excepción de prescripción alegada por el demandado contra la parcialidad de indígenas actora en el juicio, quien de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación, sostuvo la imprescriptibilidad, con fundamento en la tesis de que los bienes raíces de Resguardos de Indios están fuera del comercio.

Mas no por este motivo, sino por los expuestos antes, la Corte ha llegado a la conclusión de la imprescriptibilidad, considerando, en una palabra, que así lo imponen la situación jurídica y la función social de tales bienes. No puede afirmarse que están fuera del comercio de una manera estricta, porque son objeto de remates públicos en los casos de los artículos 16 de la Ley 89 de 1890 y 4º de la Ley 81 de 1958; se dan en usufructo, con arreglo al artículo 7º, ordinales 4º y 5º de la Ley 89 de 1890, 3º h) y 4º, parágrafo 1º de la Ley 81 de 1958, y se distribuyen parcelados, en propiedad, entre los mismos indígenas. Lo que ocurre, simplemente, es que como lo dispone el artículo 2º de la Ley 89 de 1890, están sujetos a un régimen de excepción que implica el dicho carácter de la imprescriptibilidad, mientras no se haya extinguido el Resguardo conforme a la ley.

Por lo demás, el fallo de que en esta ocasión se aparta la Corte, vio en el fondo del problema la razón de esta tesis al afirmar que "podría decirse que la solución que propone el señor Procurador puede estar más ajustada a la 'epiqueya', esto es, según la definición de este vocablo, a una 'interpretación moderada y prudente de la ley, según las circunstancias de lugar, tiem-

po y persona'", y, ciertamente, es la de ahora una interpretación adecuada a la prudencia con que deben juzgarse los intereses fundamentales de masas humanas para con quienes la República tiene pendiente aún tremenda deuda, a pesar de los constantes esfuerzos cumplidos con el concurso de los misioneros de la Iglesia Católica. Y con mayor razón si se mira —siguiendo los pasos de la definición— al lugar, que son las tierras que la Corona reconoció a la población aborigen, ocupante originaria de las mismas; al tiempo, porque hoy, no menos que ayer, se impone la misión primordial de velar por la suerte de las razas indígenas; y a la persona, ya que son éstas precisamente quienes claman por una existencia más en armonía con la naturaleza y los fines del hombre.

De acuerdo, pues, con la doctrina del presente fallo, no son prescriptibles las tierras de las Parcialidades o Comunidades de Indios. Pertenecen ellas a las Parcialidades mientras éstas existan, y dejan de existir, bien por el objetivo natural de tales tierras, o sea, la división prevista en las Leyes 89 de 1890, 104 de 1919, 38 de 1921, 19 de 1927 y 81 de 1958, y Decreto extraordinario número 1421 de 1940; o porque lleguen a contar menos de treinta familias y un total inferior a doscientos indígenas, mediante la declaración oficial de extinción, requerida para la división de las tierras entre los miembros de la Parcialidad (arts. 12, Ley 104 de 1919 y 14 Dec. cit. No. 1421 de 1940); o bien por falta de títulos y de la prueba supletoria de éstos, con derecho de los indios usufructuarios, para que les sean adjudicadas las parcelas como baldíos nacionales (arts. 7º, ord. 2º, y 12, Ley 89 de 1890 y 9º, Ley 81 de 1958). Mientras no ocurra ninguno de estos eventos —que marcan el fin de la Parcialidad y el comienzo del dominio privado y exclusivo de los terrenos en cabeza de los indios—, las tierras, precisamente por pertenecer a las Parcialidades, son imprescriptibles por los mismos indígenas, gocen o no de ellas, y a fortiori por los extraños.

Cumplido cualquiera de tales eventos, pasan a ser prescriptibles según el derecho común, pero durante los primeros quince años están equiparados sus adjudicatarios a los menores, de acuerdo con el artículo 40 de la Ley 89 de 1890, por lo cual les obligan, en lo tocante a los actos de enajenación, los requisitos que la ley exige para ello en tratándose de inmuebles de incapaces.

4. Según las leyes que han regido en la República sobre este problema y las doctrinas de la Corte, en el indígena ya reducido a la vida civil y como miembro, por tanto, de una Parcialidad, se distinguen dos situaciones jurídicas diferentes:

a) La primera corresponde a una comunidad de caracteres propios, que se refleja en el usufructo que el Cabildo asigna a los indígenas que componen la Parcialidad, sobre lotes de terreno individualizados. El artículo 7º de la Ley 89 manda "distribuír equitativa y prudencialmente", "para el efecto de laborar entre los miembros de la comunidad las porciones de resguardos y se mantengan en común, procurando sobre todo que ninguno de los partícipes, casados o mayores de diez y ocho años, quede excluído del goce de alguna porción del mismo resguardo", y el artículo 38, ibídem, estatuye que "mientras dure la indivisión, los indígenas continuarán como hasta aquí, en calidad de usufructuarios, con sujeción a las prescripciones de la presente ley". Las leyes dictadas después contienen medidas encaminadas a la real efectividad de ese goce, dada su trascendencia en la modelación de la personalidad del indio.

b) La segunda situación corresponde a la condición de dueño de una parcela determinada, cuando por solicitarlo la totalidad de los miembros del pequeño Cabildo, con el respaldo de las dos terceras partes de la población constitutiva de la Parcialidad, o por otras causales legales, se decrete la división y adjudicación de los terrenos a los mismos indígenas, por cabezas o familias (arts. 30, Ley 89 de 1890, 1º, Decreto extraordinario No. 1421 de 1940, y 7º y 9º, Ley 81 de 1958). No pueden, empero, enajenar libremente la propiedad dentro de los quince años a contar de la división (arts. 40, Ley 89 de 1890, 34, Ley 19 de 1927, 72 y 9º, Ley 81 de 1958).

5. De las leyes republicanas, así como de la jurisprudencia de la Corte, pueden inferirse los distintivos de la comunidad de los terrenos de Resguardos, distintivos que concurren a demostrar la improcedencia de la prescripción adquisitiva del dominio de las tierras comprendidas en ellas. Tales distintivos son:

a) Los indígenas no son propietarios exclusivos de ninguna porción determinada de las tierras del Resguardo. Así ocurre en la copropiedad de derecho común.

b) Tienen un derecho de cuota sobre la totalidad de ellas, pero eventual y en una porción indeterminada, a base, primero, de que existan en el momento de la división, y luego de su estado civil de solteros o casados, con hijos me-

nores de diez y ocho años, o sin hijos. Es una discrepancia con la copropiedad ordinaria.

c) El Cabildo de la Parcialidad señala a los miembros de ella, en consideración al número y edad de sus familiares, porciones ciertas de terreno, en usufructo (ords. 4º y 5º, art. 7º, Ley 89 de 1890), las que pueden ser reajustadas según las necesidades (art. 3º, h), parágrafo 1º, Ley 81 de 1958). El reparto del goce en la comunidad ordinaria depende de la voluntad de los copropietarios y obedece a la proporción de la cuota de cada cual.

d) No pueden enajenar el derecho de cuota (ordinal 7º, artículo 7º, Ley 89 de 1890). Lo contrario se opondría francamente a la finalidad de los resguardos. Tampoco pueden individualmente pedir la división de las tierras. Ello corresponde al pequeño Cabildo con la refrendación de las dos terceras partes de la población de la respectiva Parcialidad, o a la autoridad administrativa en determinados casos. Otras características son estas que separan tan peculiar comunidad de la ordinaria.

e) Los indígenas no pueden traspasar el usufructo, ni la propiedad del terreno, ni tampoco hipotecarlo. Los artículos 40 de la Ley 89 de 1890, 34 de la Ley 19 de 1927 y 7º de la Ley 81 de 1958 imponen la sanción de nulidad absoluta, si, dentro de los quince años siguientes a la adjudicación, la venta o hipoteca se verifica sin las formalidades que las leyes prescriben para la enajenación de inmuebles de menores. La enajenación de cuerpo cierto en la copropiedad de derecho común está sujeta a las reglas de la venta de cosa ajena (arts. 779 y 1404, C. C.).

A estos rasgos característicos de la Comunidad de las tierras de Resguardos corresponden los distintivos muy peculiares del usufructo que a los indígenas atribuyen la Ley 89 de 1890 y las demás posteriores sobre esta cuestión. No es un usufructo de derecho común, por el origen, que se halla en la existencia de las tribus de indios; por las causas de su extinción, la cual acarrea la división de los terrenos entre los miembros de la misma entidad; por la finalidad, que es encaminar al indio hacia un grado de civilización; y por el interés, que lo inspira, pues en el usufructo ordinario es exclusivamente privado, en tanto que aquí es de orden público, pues de orden público evidente es rescatar a las tribus aborígenes, que son colombianas, de su estado salvaje. A este orden público pugna la usucapión —forma inexorable de adquirir en la organización social de hombres capacitados para el ejercicio de sus derechos—, que habría entorpecido antes y entorpecería hoy la realización de esa empresa imponderable.

Puede resumirse así lo antes expuesto:

I. El artículo 2º de la Ley 89 de 1890 somete a los indígenas, "en los asuntos de resguardos", a las disposiciones de la misma ley, vale decir, además, a las posteriormente expedidas sobre esta materia.

II. De los modos de adquirir, la ocupación es extraña, pues las tierras pertenecen a la parcialidad. La accesión tiene aplicaciones referentes al usufructo de las parcelas. La tradición es inoperante, porque los terrenos atribuídos en goce no son enajenables ni a pretexto de vender las mejoras, que acceden a la tierra (ord. 7º, artículo 7º, Ley 89 de 1890); procede, sí, adjudicadas que sean en propiedad mediante la partición prevista en la leyes. La sucesión por causa de muerte no tiene vigencia alguna, mientras no se haya verificado la adjudicación.

III. La usucapión es inaplicable:

a) Porque la usucapión es modo de adquirir destinado a las relaciones de los hombres que viven en la sociedad civilizada. Si los otros modos no tienen aplicación, debido a los fines de las Parcialidades y del usufructo en referencia, no se ve la razón para que la usucapión haya de tenerla. Cuando y dondequiera haya análogos fenómenos objetivos, la regla legal prevista expresamente para unos, los encierra todos de antemano, en razón de la unidad de la ley.

b) Porque está dispuesto (arts. 7º, ords. 4º y 5º; 38, Ley 89 de 1890, y 3º, Ley 81 de 1958), que los Cabildos de las Parcialidades deben entregar porciones de terreno determinadas a los indígenas, para que las usufructúen con sus familias; que esta situación legal termina sólo por un medio: la "división de los terrenos de resguardos", que establece la citada Ley 89 y desarrollan leyes posteriores, a voluntad de los Cabildos y la población indígena, o por otras causas de extinción de las Parcialidades. Siempre que el goce no pueda mudarse en propiedad, sino mediante una forma específica, como es la división de las tierras, no puede obrar otra, llámese sucesión por causa de muerte, tradición o prescripción adquisitiva.

c) La posesión que se pretenda realizar sobre ese goce —de una finalidad excepcional dentro del Derecho Público nacional— no es posesión, porque el animus dómini no puede existir por ser contrario a la ley (modalidad del elemento negativo diferencial de Ihering); de la misma

manera que no puede existir en el goce de un bien de uso público o de zonas destinadas por la Nación a fines específicos.

d) Si el indio no puede invertir su título de goce, a fortiori no puede transformarlo el hombre civilizado, extraño a la situación jurídica de las poblaciones indígenas.

En una palabra, un derecho de goce en favor de los indios, signo de la propiedad que les pertenece, mal puede fundar, entre ellos mismos, la prescripción del suelo, cuyo título se limita entre tanto al usufructo; y menos aún a favor de gentes extrañas a las tribus indígenas que con frecuencia, en vez de servir a la obra civilizadora del Estado, han empleado "su astucia y maldad" en daño de los aborígenes, según rezan a una los cronistas. (V. Fernando Vélez. Datos para la Historia del Derecho Nacional. p. 39. Año de 1891).

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

(Magistrado ponente: doctor José J. Gómez R.).

Juicio del Cabildo de Indígenas de Ipiales contra Isaías Reina y otros.

Sentencia de abril 27 de 1961, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto.

Recurrente: la parte demandante.

Antecedentes.

1. Demanda el Cabildo del Resguardo de Indígenas de Ipiales a Isaías Reina y a la sucesión de María Ascensión Inagán, en las personas de Desiderio y de María Natalia Chacua, en su calidad de herederos de aquélla, para que se decida lo siguiente:

"Primero. Que los fundos 'San Judas' y 'Chacuayalé', por los linderos indicados en esta demanda, pertenecen en dominio a la Comunidad de Indios de Ipiales, inclusive por haberlos adquirido por usucapión o prescripción adquisitiva extraordinaria, con anterioridad al 26 de noviembre de 1940.

"Consecuencialmente se condene al demandado Isaías Reina a restituírle, como poseedor de mala fe, a la Comunidad de Indios de Ipiales que representa su Cabildo estos inmuebles, junto con sus frutos naturales o civiles, o su valor en la cuantía que se demuestre en este juicio, percibidos o que se hubiesen podido percibir por el dueño con una administración mediana e inteligente, desde la fecha 26 de noviembre de 1940, y dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de este fallo.

"Segundo. Que si no fuere posible la reivindicación, directamente, como se pide en el punto anterior, entonces se decrete la restitución con los frutos indicados y a la manera dicha, previa declaración de ser nulo el contrato de compraventa de estos inmuebles, pactado entre María Ascensión Inagán e Isaías Reina, de conformidad a la escritura pública 654 de 26 de noviembre de 1940, pasada en la Notaría Primera de Ipiales, cuyo registro se ordena cancelar, lo mismo que la matriz de ella; para lo cual debe oficiarse a los respectivos Notario y Registrador del Circuito de Ipiales".

2. Afirma el Cabildo que los terrenos denominados "San Judas" y "Chacuayalé" pertenecen a la Parcialidad de Indígenas de Ipiales, con respaldo, tanto en los títulos de propiedad de las tierras que comprende dicho Resguardo, protocolizados mediante la escritura número 525 de 12 de febrero de 1906, de la Notaría del Circuito de Ipiales, como en la prescripción extraordinaria cumplida en favor del Resguardo, a través de María Ascensión Inagán, quien gozó de esos terrenos a nombre del Resguardo.

Y agrega que el demandado "adquirió la posesión despojando, con medios fraudulentos, a la indígena adjudicataria Ascensión Inagán, a la cual engañó para que ella le hiciese, como le hizo, escritura de venta"; y que "no sólo por la circunstancia de saber que su vendedora era miembro de la Parcialidad de Indios de Ipiales y adjudicataria de los terrenos que le vendió, sino porque éstos están rodeados por otros terrenos del Resguardo adjudicados a diversos indígenas, sabía que al comprarlos adquiría de quien no era dueña o poseedora sino de una simple tenedora del terreno de Resguardo".

3. El demandado Reina dice, al contestar el libelo inicial, que en caso de que los terrenos hiciesen parte del Resguardo, los ha prescrito, por la posesión que de ellos tuvo su vendedora, María Ascensión Inagán, antes del año de 1940, y la que él ha tenido a partir de este año, en el cual se los vendió la nombrada Inagán; y alega, en consecuencia, tanto la prescripción ordinaria como la extraordinaria del dominio.

4. El Juzgado Civil del Circuito de Ipiales falló el 15 de julio de 1960, reconociendo a la parte actora el derecho demandado, con funda-

mento en la titulación aducida y en la prueba de la usucapión, además, por ella consumada. Ordenó la restitución de los terrenos, así como de los frutos, regulables mediante el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial. Sobre la acción de nulidad de la escritura 654, por medio de la cual María Ascensión Inagán vendió a Reina, nada decidió.

5. El Tribunal del Distrito Judicial de Pasto resolvió la apelación interpuesta por la parte demandada, mediante sentencia de abril 27 de 1961: revocó la de primer grado, absolvió a la parte demandada y se declaró inhibido para decidir sobre la nulidad de la venta contenida en la referida escritura.

Interpuesto el recurso de casación por el Cabildo demandante, su apoderado lo formuló oportunamente. La parte demandada no hizo uso del traslado.

La sentencia acusada.

6. No halla, en la prueba de la parte actora, la demostración de que los terrenos hagan parte del Resguardo; ni de que hubiesen sido adjudicados (en usufructo) a María Ascensión Inagán; ni tampoco de que ésta hubiese reconocido dominio sobre ellos a la misma entidad.

Con respecto a lo primero, es insuficiente la prueba testimonial. De igual manera en cuanto a lo segundo, porque las adjudicaciones en goce, de las parcelas, se hacen a los indios mediante Acuerdos de los Cabildos de Indígenas, de conformidad con el artículo 7º de la Ley 89 de 1890, con aprobación del Alcalde del Municipio en cuyo perímetro se halle ubicada el área del Resguardo, y en el caso de autos no aparecen los actos de adjudicación en referencia respecto de los lotes de terreno denominados "San Judas" y "Chacuayalé".

En relación con el reconocimiento de propiedad por parte de María Ascensión y a favor del Resguardo, durante el tiempo que gozó de los inmuebles, afirma que los testigos deponen de manera indefinida, pues se limitan a decir que la Inagán reconoció a la Parcialidad como titular de la propiedad, pero sin concretar hecho alguno.

La acusación de la sentencia.

Cuatro son los cargos de violación indirecta de la ley sustancial, debido a errores de hecho, los tres primeros, y de derecho el último, en los cuales incurrió el fallador en el examen del acervo probatorio:

Primer cargo:

7. Se acusa la sentencia por error de hecho en la apreciación de la prueba referente a la identidad de los lotes de terreno. El fallo concluye que esa prueba no acredita el hecho de que aquéllos hacen parte del área territorial del Resguardo. Dice el fallo:

"En el cuaderno segundo se encuentran las declaraciones de Moisés Quemá, Darío Montenegro, Leandro y Leonidas Chacua, Isabel y Carmen Inagán Mesías, Yandum y Azael Estupiñán. El primero delimita los terrenos con alinderación que coincide con el título. Los testigos segundo, quinto y sexto conocen la zona de los Resguardos pero no detallan sus linderos, de modo que su afirmación resulta indefinida. Los testigos tercero, cuarto y séptimo dan una indicación sumaria de los linderos, que no demuestra la identificación general del resguardo. Véase esta de Leonidas Chacua: 'Comenzando en la quebrada Mama Juana, sigue por el río Guáitara hasta Contadero, luego sigue hasta Rumichaca y luego al río Blanco, a terminar el primer lindero'. No se mencionan las tierras de San Juan, las de Pupiales y las de Cofradía del Rosario. El último de los testigos expresa que no conoce los linderos.

"Si sólo uno de los testigos conoce los linderos del Resguardo, de acuerdo al título, mal pueden afirmar los restantes que los lotes objeto de la reivindicación son parte integrante de aquél".

El cargo expone:

"Al no fallar la reivindicación de los fundos 'San Judas' y 'Chacuayalé', el Tribunal de Pasto, sosteniendo en la parte motiva de la sentencia acusada que con la prueba testimonial aportada al juicio o declaraciones de Moisés Quemá, Darío Montenegro, Leandro y Leonidas Chacua, Isabel y Carmen Inagán y Mesías Yandún; cuyas declaraciones analizó detenidamente; y de José María Chacua, José Tanganán, Florentina Chacua, Clelio Trejo y Segundo Quemag, que ni siquiera las menciona, unas y otras que están visibles, respectivamente, a folios 28 y ss. del cuaderno número 2, y 2 y ss. del cuaderno número 3, no estaba demostrada plenamente la circunstancia capital, o elemento de la acción, de que estos terrenos estuviesen incluídos en la mayor extensión de terreno que alindera la escritura pública número 528 de 12 de febrero de 1906, cometió un error de hecho, en la apreciación de esta prueba, por sí sola; y en la apreciación de esta prueba relacionándola, como ha debido relacionarla, con los documentos o títulos

de adjudicación de estos mismos terrenos a los últimos indígenas Tobías Tepud y Adán Chacua, con el Acuerdo de Adjudicación y Acta de Entrega número 7 de 1º de diciembre de 1951, que está visible a fojas 10 y ss. del cuaderno número dos''.

Se considera:

8. A) De los testigos presentados por la misma parte demandada —cuyas declaraciones el fallo omitió en este punto—, José María Chacua (f. 2, C. 3º) dice: ''Por razón de ser colindante y vecino conozco perfectamente los terrenos *San Judas* y *Chacuayalé*, ubicados en este Municipio, y conocidos por idénticos linderos a los indicados en la pregunta y que me han sido leídos''.

José Tanganán (f. 3 y vt. ib.) repite esta afirmación, y agrega: ''Me consta y es cierto que los terrenos 'San Judas' y 'Chacuayalé' están ubicados dentro de la zona de terrenos de la parcialidad de Inagán, perteneciente a la comunidad de indios de Ipiales. Los terrenos 'San Judas' y 'Chacuayalé' están rodeados por terrenos de Resguardo de esa región de Inagán. Están en la mitad y los terrenos de Resguardo están por los lados''.

Florentina Chacua (f. 4 ib.) afirma, después de decir que conoce ''perfectamente los linderos de los predios 'San Judas' y 'Chacuayalé': es verdad y me conta que los terrenos 'San Judas' y 'Chacuayalé' están ubicados en el perímetro o zona de los terrenos de resguardos de la Parcialidad de Inagán''.

Clelio Trejo (f. 5 vt. ib.): ''Conozco perfectamente los fundos denominados 'San Judas' y 'Chacuayalé', ubicados en este Municipio y que se determinan por los linderos detallados en la pregunta. Es verdad que los terrenos 'San Judas' y 'Chacuayalé' son terrenos que están ubicados en la zona de la Parcialidad de los indios de Inagán''.

B) De los testigos de la parte demandante, Darío Montenegro (f. 30 C. 2º) —que el fallo desecha— dice conocer la zona del Resguardo, si bien no puede detallar sus linderos, pero agrega que conoce los terrenos ''San Judas'' y ''Chacuayalé'' por los linderos que indica el interrogatorio, los cuales se hallan ''dentro de los terrenos del Resguardo, esto es, rodeados de parcelas de indios adjudicatarios de los mismos resguardos de la comunidad de Ipiales''.

Carmen Inagán (f. 31 C. 2º) asevera tener conocimiento de las parcelas cuya propiedad se controvierte, las cuales ''quedan dentro de los terrenos del resguardo de la comunidad de Ipiales, rodeadas de parcelas que mantienen los indios como adjudicatarios del Cabildo''.

Mesías Yandún (f. 34 ib.) declara sobre el conocimiento que tiene de los terrenos de la comunidad de indígenas de Ipiales, alinderados así: ''Comenzando desde la quebrada de Mama Juana, sigue hasta San Juan, de ahí río arriba hasta Rumichaca'', y agrega que conoce personalmente los terrenos de ''San Judas'' y ''Chacuayalé'' por los linderos detallados en la demanda suscrita por el apoderado del Cabildo, y que están completamente rodeados de parcelas de indios adjudicatarios del mismo Cabildo de Ipiales.

Leonidas Chacua (f. 33 ib.) conoce igualmente las tierras de la Parcialidad de Indígenas de Ipiales, alinderadas así: ''Comenzando en la quebrada Mama Juana, sigue por el río Guáitara hasta Contadero, luego sigue hasta Rumichaca y luego al río Blanco a terminar en el primer lindero''; afirma conocer las parcelas del pleito por los linderos determinados en la demanda y agrega que los colindantes de dichas parcelas, cuyo nombres menciona, son indígenas que tienen adjudicados allí terrenos por el Cabildo de la misma Parcialidad.

Leandro Chacua (f. 30 vt. C. 2º) declara tener conocimiento de las tierras de la Parcialidad dicha, en el Municipio de Ipiales, por linderos que determina de este modo: ''Comenzando por la quebrada Mama Juana, sigue hasta el río del Colgadero, de allí sigue hasta dar al Santuario de la Virgen de las Lajas, rio adentro, luego viene a Rumichaca, donde termina'', y complementa lo que sabe sobre la identidad de las parcelas, diciendo que éstas ''están ubicadas dentro de la zona de Resguardo de Ipiales y rodeadas también de parcelas de resguardo que son usufructuadas por adjudicatarios del Cabildo''.

C) La prueba mejor de la identidad de los inmuebles es la inspección ocular con la asesoría de testigos o peritos. Pero la de testigos únicamente también tiene pleno mérito, según constante doctrina. Los declarantes pertenecen a la Parcialidad de Ipiales, y son a la vez adjudicatarios de parcelas del mismo Resguardo, algunas de ellas contiguas a las de ''San Judas'' y ''Chacuayalé''. Esta es la razón convincente de sus afirmaciones.

El Acuerdo número 7 del mismo Cabildo, de diciembre 1º de 1951 (f. 12 vt. C. 2º), por medio del cual las mismas parcelas de ''San Judas'' y ''Chacuayalé'' fueron adjudicadas en usufructo, de acuerdo con el régimen de las Parcialida-

des de Indígenas, a Adán Chacua y Tobías Tepud, demuestra igualmente que los fundos son los mismos y que hacen parte de la zona del referido Resguardo.

9. Por no haber apreciado las declaraciones rendidas a solicitud del demandado y algunas de las practicadas a petición de la parte actora, en lo que respecta a la identidad de las mencionadas áreas, la sentencia incurre en error de hecho, con la violación del artículo 2531 del Código Civil, por haberlo aplicado, y el 946, ibídem, por no haberlo aplicado. Tal error de hecho no conduciría a la casación si a la vez el Cabildo demandante no hubiese aportado la prueba del derecho cuya tutela demanda. Como de autos aparece dicha prueba, según se verá luego, el recurso extraordinario prospera por el primer cargo, referente a la prueba de la identidad, uno de los elementos constitutivos de la acción reivindicatoria.

Sentencia de instancia.

10. Dice la parte actora que los terrenos que reivindica "son de Resguardo o Comunidad de Indios de Ipiales, no sólo por estar incluídos dentro de los resguardos generales que pertenecen a dicha Comunidad, según sus respectivos títulos de propiedad, sino también porque estos dos terrenos los adquirió la Comunidad, en el peor de los casos, por prescripción adquisitiva de dominio, esto es, por una posesión continua, pública y tranquila, de más de cincuenta años con anterioridad al 26 de noviembre de 1940; posesión que la ostentó la Comunidad a través de las diversas adjudicaciones que de los mismos terrenos hizo el Cabildo de Indios de Ipiales a diversos indígenas adjudicatarios, miembros de la Parcialidad de indios de Ipiales, entre los cuales figura como último adjudicatario la indígena María Ascensión Inagán o los causantes de ésta".

De manera que lo que ha de saberse es si se ha cumplido la usucapión alegada por el demandado Reina.

El planteamiento de la demanda inicial no es congruente consigo mismo, porque si los fundos están amparados por la titulación, no se ve por qué haya de invocar, además, así sea en una forma secundaria o subsidiaria, la prescripción adquisitiva del dominio, con base en el hecho de haber puesto los terrenos en manos de la antecesora de Reina, en usufructo, según el régimen de la Ley 89 de 1890.

Porque si el dominio proviene de los títulos otorgados a la Parcialidad por las autoridades de Indias, nada tendría que usucapir aquélla contra los indígenas que recibieron del pequeño Cabildo, en usufructo, las tierras de que se trata. Mas si no fue en virtud del goce sino de la posesión como los tuvieron la antecesora del demandado y este mismo, es a Isaías Reina a quien corresponde demostrar que la posesión lo condujo a prescribir la propiedad.

11. La demanda invocó los títulos de dominio de la Parcialidad de Indios de Ipiales, expedidos en Quito a 11 de septiembre de 1772 y protocolizados, en cumplimiento de lo que ordena el artículo 7º, ordinal 2º, de la citada Ley 89 de 1890, mediante la escritura pública número 525 de 12 de febrero de 1906, de la Notaría de Ipiales, traída al proceso en legal forma (f. 38 y ss. C. 2º).

La parte demandada no discute ni la autenticidad de los títulos ni la existencia de la Parcialidad o comunidad de indígenas de Ipiales. En el proceso existe la prueba de que los terrenos hacen parte del Resguardo, y la identidad aparece demostrada, de acuerdo con lo dicho en referencia al primer cargo, y además con la alegación del demandado, de la prescripción adquisitiva del dominio. El litigio da cuenta de que el interés jurídico de Reina proviene de la usucapión de los terrenos, por haberlos poseído tanto su causante vendedora como él mismo, y el invocar la prescripción adquisitiva de modo único o principal, implica en este caso el reconocimiento de un título de propiedad anterior en el demandante, en cuanto el demandado no ha discutido el invocado por el Resguardo. De esta manera, el dominio de los terrenos en referencia, en favor de la Parcialidad de Ipiales, es un hecho establecido en este proceso, que no podría ser desvirtuado sino mediante la prueba de la usucapión alegada por el demandado.

12. Por lo cual la Sala entra a examinar una delicada cuestión, es a saber: ¿pueden adquirirse por usucapión las tierras pertenecientes a Parcialidades o Resguardos de Indígenas? O en otros términos: ¿antes de la división prevista en las Leyes 89 de 1890, 104 de 1919, 38 de 1921, 19 de 1927 y 81 de 1958, y el Decreto extraordinario número 1421 de 1940, pueden ser usucapidas las tierras de Parcialidades o Resguardos de Indios, hayan sido o no entregadas en usufructo a los miembros de la Comunidad?

I. *La legislación de indígenas.*

13. La usucapión es un modo de adquirir de derecho común. Como es especial la legislación

que rige a los indígenas reducidos a la vida civil, esto es, que hacen parte de las Parcialidades, débese averiguar si de acuerdo con ella es aplicable esta forma de adquirir la propiedad inmueble a los terrenos de aquéllas.

Dicen los artículos 1º y 2º de la Ley 89 de 1890:

"*Artículo 1º* La legislación general de la República no regirá entre los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada por medio de Misiones. En consecuencia, el Gobierno, de acuerdo con la autoridad eclesiástica, determinará la manera como esas incipientes sociedades deban ser gobernadas.

"*Artículo 2º* Las Comunidades de indígenas reducidos ya a la vida civil tampoco se regirán por las leyes generales de la República en asuntos de Resguardos. En tal virtud se gobernarán por las disposiciones consignadas a continuación".

Los ordenamientos contenidos en estas disposiciones no han sufrido reforma en las leyes que posteriormente han sido promulgadas sobre el problema indígena.

Tales ordenamientos pueden analizarse brevemente así:

a) Se refieren a "indios salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada" y a "las comunidades de indígenas reducidos ya a la vida civil".

b) Para los "que vayan reduciéndose a la vida civilizada", dispone el artículo 1º, no regirá la legislación general de la República, sino los acuerdos entre el Gobierno y la autoridad eclesiástica.

c) Para "las comunidades de indígenas reducidos ya a la vida civil", y que por ello componen las Parcialidades, prescribe que "tampoco se regirán por las leyes generales de la República en asuntos de 'Resguardos' ", sino por las disposiciones de la misma Ley 89 de 1890. "Las comunidades de indígenas reducidos a la vida civil —dice la casación de abril 30 de 1946— se gobiernan por las disposiciones de la Ley 89 de 1890, y el Código Civil actúa solamente como ley supletoria". (LX, 2032 y 2033, 408).

d) De donde se infiere que a las comunidades o Parcialidades de indígenas— participantes ya de la vida civilizada— les obliga la generalidad de las leyes del país, pero no en lo que respecta a "los asuntos de Resguardos", sujetos a los preceptos de la citada ley y de las que luego se han expedido sobre el mismo particular.

II. *Las Parcialidades de indígenas.*

14. La comunidad o Parcialidad de indígenas —según la casación citada— es "un organismo formado por dos elementos: el indígena, llamado por la Ley (89 de 1890) *Parcialidad de indígenas,* o sea un conjunto de indígenas sometido a la organización que contemplan los artículos 3º y siguientes; y el *geográfico,* o sea el territorio en el cual vive la *Parcialidad de indígenas*".

Con la expresión "terrenos de resguardo" se hace referencia a las tierras atribuídas a una parcialidad de indígenas, *divisibles,* para su *goce únicamente,* entre los indios del respectivo Resguardo, e *inenajenables,* además, según las leyes de la Corona. Según las de la República, igualmente *divisibles,* en *goce* o *usufructo,* en una primera etapa, y en otra adjudicables en *propiedad,* con carácter de *enajenables,* pero con los requisitos de las ventas de inmuebles de menores en los primeros quince años, a partir de la división definitiva. (Arts. 40, Ley 89 de 1890; 34, Ley 19 de 1927, y 7º, Ley 81 de 1958).

Son "asuntos de resguardos", con arreglo a la Ley 89 de 1890, cuantos toquen con estos temas: el dominio de las tierras asignadas a las Parcialidades; la destinación de parte de ellas, a plazas, calles y demás objetivos o necesidades de la población; la conservación de los títulos de propiedad de las mismas y la prueba supletoria de la titulación, prevista en los artículos 12 de la Ley 89 de 1890 y 9º de la 81 de 1958; la defensa de la propiedad y posesión de los terrenos; el reparto material de los mismos entre los indios de la Parcialidad, para que éstos y sus familias gocen de sus respectivas parcelas; la división y la adjudicación de la propiedad de las tierras, a los miembros de la Parcialidad, etc. Estas materias se rigen, en consecuencia, no por la legislación general, sino la especial de la mencionada Ley 89 y las posteriormente expedidas sobre este asunto.

15. Una mirada a los modos de adquirir en general, en lo referente a las tierras de las Parcialidades, contribuirá a despejar el horizonte de la prescripción en cuanto a las mismas:

A) Les es aplicable la *accesión:* cuanto a frutos, le pertenecen al indígena usufructuario de la parcela; respecto al suelo, con el ensanche de éste, el goce aumenta; en lo referente a incorporación de muebles (materiales, semillas, etc.), se aprovecha igualmente el usufructuario.

B) La *ocupación,* no les es aplicable por no tratarse cosas *nullius.*

C) En lo concerniente a la *tradición,* no pueden los indios enajenar el dominio de la porción recibida en usufructo, mientras no se haya verificado el reparto, en propiedad, ni siquiera a pretexto de enajenar las mejoras "que siempre se considerarán accesorias de los terrenos" (ordinal 7º, art. 7º, Ley 89 de 1890). De donde se deduce que la *tradición* de la propiedad de la parcela asignada en goce, no es procedente, ya que es absolutamente nula la enajenación, según la norma del artículo 40 de la Ley 89; y por motivos semejantes tampoco la de la cuota proindiviso en las tierras del Resguardo, con vinculación o sin ella al lote de terreno cuyo goce ha sido adjudicado.

D) En relación con la *sucesión por causa de muerte* y en cuanto a las parcelas atribuídas en usufructo, éste no se transmite ab intestato (art. 829, C. C.), ni tampoco por testamento, porque lo prohibe el artículo 95 del Decreto número 74 de 1898. El artículo 27 de este Decreto dispone que muertos el padre y la madre usufructuarios, debe adjudicarse el usufructo de la misma parcela a sus hijos solteros o menores de diez y ocho años que se hallaban bajo la protección de aquéllos.

III. *La usucapión.*

16. En cuanto a la *prescripción* adquisitiva, no obstante que el usufructo de derecho común puede adquirirse por este modo (art. 825, 4º, C. C.), pero sólo en la forma ordinaria mediante título otorgado por el titular de la propiedad plena, no se ve cómo podría configurarse este caso extremo, siendo nula, como lo es, la enajenación de las parcelas durante el usufructo, y aún después de la división, dentro de los quince años siguientes, si no se cumplen los requisitos que para el caso prescriben los artículos 40 de la Ley 89 de 1890, 34 de la Ley 19 de 1927 y 7º de la Ley 81 de 1958.

17. En lo referente a la prescripción del dominio de las tierras de Resguardos, cabe considerar:

A) Las Parcialidades o Comunidades de Indígenas constituyen una de las más importantes instituciones del Derecho Indiano, ya que con ellas persiguió la monarquía la defensa del indio. La legislación para las Indias respetó siempre la propiedad de la tierra que habitaban las tribus indígenas. Cuando prescribía *reducir* a los indios a vivir en comunidad "se ordénaba expresamente que no se les quitasen las tierras que antes hubieren tenido". "Ahora bien, esta doctrina jurídica —agrega Ots Capdequi— tuvo su manifestación más interesante en el conjunto de normas de carácter consuetudinario y de carácter legal que se elaboraron para regir la vida de las Comunidades de indios. Lo que predominó en orden al problema del indio en relación con la tierra, de una manera casi exclusiva, fue la propiedad comunal, y por eso los legisladores españoles, recogiendo inteligentemente normas vivas del derecho consuetudinario, estructuraron toda la vida económica de los pueblos o reducciones de indios sobre la base de los resguardos.

"En los resguardos hay que hacer destacar estas notas representativas: el resguardo lo constituye *una unidad económica,* estaba integrado por el término municipal de cada pueblo de indios, de cada reducción; era un bien, en conjunto, inalienable". *(El Régimen de la Tierra en la América Española durante la Colonia,* p. 101. Editora Montalvo, Ciudad Trujillo, 1946).

Con las Parcialidades España respondía al hecho histórico de un pueblo que siglos atrás ocupaba, poseía y cultivaba la tierra descubierta, hecho que imponía al conquistador el deber primario de abrir a los aborígenes el camino de la civilización. Los agrupó en comunidades o parcialidades, atendiendo a las diferentes razas, lenguas y costumbres; les atribuyó áreas territoriales determinadas, en las cuales pudiesen construír el pueblo, así como disponer de terrenos cuyo cultivo, en parcelas, les proporcionasen el sustento, y les dio leyes de humanitaria largueza tendientes a aliviar su estado. Así se practicó esta institución en la Colonia y así pasó a la República.

Mas fue perfeccionada por ésta, comoquiera que el disfrute del terreno habría de trocarse después en propiedad, coronando, en lo patrimonial, el proceso de adaptación del indio a la vida civil. Leyes dictó la República casi año tras año, desde 1821 a 1890, y de entonces a hoy tampoco han sido escasas para reconocer y garantizar ese usufructo previo, seguido de la distribución definitiva.

B) No puede, por tanto, resolverse problema alguno de carácter indígena relacionado con los terrenos de Resguardos, sin mirar a dicha institución, y sobre todo a su finalidad. Las leyes de España y las de la República componen un mismo proceso, ligado por idéntica causa de humanidad y de justicia para con los pueblos conquistados. Si la Corona reconoció la tierra a los indios y los organizó de modo que se sirviesen de ella, fue porque ese goce representaba para la metrópoli uno de los medios de realizar el imperativo de su misión frente al aborigen, y

para éste, la senda hacia una vida más acorde con la naturaleza humana a que pertenecían; y si más tarde la República reiteró ese goce, aquilatado con la seguridad de mudarse en dominio, fue porque esa tenencia contribuía a realizar igualmente la empresa de rescatar al indio de sus costumbres ancestrales. No hay rastro en las leyes de España de que la prescripción del Derecho histórico peninsular hubiese ingresado a las instituciones del Derecho indígena, en lo que respecta a las tierras de Resguardos, destinadas, tanto a las necesidades de carácter urbano de sus aldeas, como al usufructo de sus moradores mediante la parcelación referida.

18. La propiedad de las tierras de Resguardos perteneció a los indios constituídos en Parcialidades, según las leyes de la Corona, y de igual manera de acuerdo con la legislación nacional. La Corte lo declara en sentencias de abril 13 de 1921 (XXVIII, 1479, 344) y diciembre 5 del mismo año (XXIX, 1503, 124), proferidas por la Sala de Negocios Generales; de octubre 30 de 1925, de la Sala Plena, en proceso de acusación de inexequibilidad de algunos preceptos de las Leyes 55 de 1925, 104 de 1919, 32 de 1920 y 38 de 1921 (XXXII, 1655 y 1656, 90); noviembre 19 de 1928 (XXXV, 1802, 74); agosto 30 de 1933 (XLI, 1895, 513); octubre 31 de 1933 (XLI-Bis, 1895 A, 40); octubre 10 de 1942 (LV, 1993 a 1995, 124), y abril 30 de 1946 (LX, 2032 y 2033, 408). Los distintos fallos proferidos por la Corte, con el objeto de sustentar el dominio de la tierra de los resguardos, a favor de los indios, citan invariablemente, "entre otras disposiciones, la Ley XVIII, Título XII, Libro IV de la *Recopilación de Indias,* la XIV del mismo Título y Libro, y la XIX del Título y Libro citados", y así como respecto de la legislación nacional, el decreto del Libertador fechado el 15 de octubre de 1828 y las leyes de octubre 21 de 1821, marzo 6 de 1832, junio 2 de 1834 y 89 de 1890, aparte de las que posteriormente han sido dictadas sobre el mismo triple principio del reconocimiento de la *propiedad de la tierra* en favor de las Parcialidades, es decir, de los indios; el goce de la tierra para ellos mismos durante un tiempo, y la *división de la tierra,* entre los miembros de la Parcialidad.

De la sentencia de octubre 30 de 1925 son importantes los siguientes conceptos sobre los propósitos de la primera ley de la República sobre este asunto, o sea la de 21 de octubre de 1821.

"De esta ley aparece que la República reconoció las asignaciones de los terrenos llamados resguardos, hechos a las parcialidades de indígenas por las leyes españolas, pero sometiéndolas por altas consideraciones de orden público a la división y distribución entre sus miembros, con el objeto de que la *propiedad y posesión comunes se mudara,* cuando las circunstancias lo permitieran, *en la propiedad de las familias de los individuos por la asignación de sus parcelas.*

"En las leyes que posteriormente se han dictado hasta llegar a las acusadas, domina el mismo propósito *de dividir los terrenos de resguardos para repartirlos proporcional y equitativamente entre los indígenas,* para lo cual es medida previa indispensable el empadronamiento de las parcialidades. La misma Ley 89 de 1890, que el acusador encuentra tan protectora de los derechos de los indígenas, ordena la división entre éstos de los terrenos de resguardos. Y reconoció que los indígenas, individualmente considerados, eran simples usufructuarios de los terrenos mientras *dure la indivisión.*

"Fuera del usufructo, los indígenas individualmente considerados, no han adquirido, en relación con los terrenos de resguardos, otro derecho que el *repartimiento en propiedad,* por estirpes o cabezas, cuando el legislador así lo ordene; de modo que las leyes acusadas que les reconocen ese derecho no violan el artículo 31 de la Constitución, sino que por el contrario, tiendan a hacerlo efectivo. Puede que desde algunos puntos de vista no se juzgue conveniente la división, pero lo relativo a inconveniencia de las leyes escapa a las facultades de la Corte. *Toca al legislador proteger a los indígenas una vez verificada la división, de manera que no sean despojados de su derecho o expoliados,* ya sea prohibiendo por algún tiempo la enajenación de las porciones de terreno que les corresponda y permitiéndola luego bajo las mismas *condiciones a que están sometidos los incapaces,* reproduciendo al efecto el artículo 7º de la Ley 2ª de 1832, altamente protectora de la raza indígena". (Subraya la Corte).

La de octubre 10 de 1942 dijo en relación con la misma materia:

"Las leyes españolas consideraron desde el primer momento a los indios como hombres libres, súbditos de la Corona, con amplia capacidad para poseer y disfrutar de sus bienes de cualquier naturaleza; los indios eran así sujetos de toda clase de derechos, inclusive de propiedad, sin ninguna excepción. Pero atendiendo a que eran personas necesitadas de tutela, a *semejanza de los incapaces,* les impusieron, con ánimo de favorecerlos y defenderlos, determinadas tra-

bas para el libre ejercicio de sus facultades dominicales sobre las tierras de su propiedad. Mas estas limitaciones no querían decir que se les diese a los indios las tierras únicamente en usufructo, reservándose la Corona la propiedad: significaban solamente que entonces, como ahora, se hacía la distinción entre los conceptos de 'goce' y 'ejercicio' de los derechos que corresponden, el primero a poder ser titular del derecho, y el segundo a las restricciones que la ley introduce en el ejercicio del derecho, en atención a la incapacidad de la persona por razón de edad, estado civil o falta de discernimiento. Las leyes de la República no fueron menos expresas en reconocer a los *indios su plena capacidad* y, por ende, su *personalidad.* Con respecto al derecho de propiedad sobre toda clase de bienes, se lo otorgaron ampliamente, como lo habían hecho las leyes españolas. A este respecto no colocaron a los indios en condición inferior a la que tenían los demás ciudadanos. Por ello el derecho pleno de *propiedad que tenían en los resguardos se lo continuaron reconociendo sin cercenamientos ni limitaciones.* El Libertador fue claro al decretar que los indios eran propietarios legítimos de sus tierras y resguardos. El Congreso de Cúcuta ratificó el mismo principio. Y si este Cuerpo empleó la expresión de que los resguardos 'se les repartirán en pleno dominio y propiedad' a los indios de la respectiva parcialidad, no fue porque el legislador de Cúcuta estuviera consagrando la idea de que el derecho de los indios sobre los Resguardos era precario, limitado al usufructo —según lo afirmaron tres Magistrados disidentes de la sentencia de Corte plena, de fecha 30 de octubre de 1925—, pues la expresión entre comillas se refiere manifiestamente al hecho de que la distribución de los resguardos era operación que se *decretaba con todos los caracteres de la división de las demás comunidades en que el condómino adquiere el pleno dominio* individualizado de la porción asignada; a diferencia de lo que prescribía, según claramente lo advierte el mismo artículo 3º de la Ley de 11 de octubre, 'el reglamento del Libertador Presidente, de 20 de mayo de 1820, de que la división de los resguardos era en porciones distribuídas a sus familias, sólo para su cultivo'. Las leyes posteriores que vinieron a complementar la de 11 de octubre, parten también de la base de que los resguardos eran *propiedad común y plena de los indios.* Los artículos 7º y 10 de la Ley de 2 de junio de 1834, reiteran expresamente tal conocimiento. El 7º habla de que en aquellas 'parroquias en donde se encuentre alguna porción de terreno perteneciente a los resguardos destinada al servicio de alguna cofradía o cualquiera obra pía, este terreno acrecerá a la comunidad, y sería dividido y distribuído'...''. (Ha subrayado la Corte).

De estos fallos se concluye que ha sido doctrina nacional la de que el dominio de las tierras de Resguardos pertenece a las respectivas parcialidades indígenas; comunidades especiales que se manifiestan, primeramente, en la distribución de las tierras, en *usufructo;* y después en *propiedad,* tal como lo preceptúan las Leyes 89 de 1890, 104 de 1919, 38 de 1921, 19 de 1927 y 81 de 1958, y el Decreto extraordinario número 1421 de 1940.

19. La Parcialidad de indígenas, según sentencia de esta Corte de abril 30 de 1946 (LX, 2032 y 2033, 413), es una especie de ''organismo'', formado por un núcleo de indios que habitan un territorio determinado, atribuído a ellos por la Corona Española y sometido a un régimen legal especial. O como la define el artículo 14 del Decreto número 74 de 1898: ''... comunidad de indígenas, ligados por vínculos de creencias, idioma, costumbres, etc., que posee una porción de terrenos más o menos extensa y no interrumpida por terrenos de propiedad particular''. La sentencia expresada dice:

''Los 'resguardos de indígenas' contemplados en la Ley 89, se integran por dos elementos: el elemento indígena llamado por la misma Ley 'parcialidad de indígenas', o sea un conjunto de indígenas sometido a la organización que contemplan los artículos 3º y siguientes, y el elemento geográfico, o sea el territorio en el cual vive la parcialidad de indígenas. Tal *organismo,* si así puede llamarse, está gobernado directamente por un pequeño cabildo nombrado por los indígenas conforme a sus costumbres (artículo 3º). Corresponde al Cabildo, entre otras funciones, protocolizar en la Notaría respectiva todos los títulos y documentos pertenecientes a la comunidad que gobiernan y custodiar las copias que les expidan, previo el correspondiente registro; distribuír equitativa y prudencialmente, con aprobación del Alcalde del Distrito, para el efecto de laborar entre los miembros de la comunidad, las porciones de resguardos que se mantengan en común, procurando sobre todo que ninguno de los partícipes, casados o mayores de diez y ocho años, quede excluído del goce de alguna porción del mismo resguardo; y formar un cuadro, y custodiarlo religiosamente de las asignaciones de solares que el mismo Cabildo haga entre los indígenas de la parcialidad (art. 7º). Las funciones del Cabildo *terminan con la di-*

visión de los terrenos del resguardo (art. 39)''.

20. Según las leyes que han regido en la República sobre este problema y las doctrinas de la Corte, en el indígena ya reducido a la vida civil y como miembro, por tanto, de una Parcialidad se distinguen dos situaciones jurídicas diferentes:

a) La primera corresponde a una comunidad de caracteres propios, que se refleja en el usufructo que el Cabildo asigna a los indígenas que componen la Parcialidad, sobre lotes de terreno individualizados. El artículo 7º de la Ley 89 manda ''distribuír equitativa y prudencialmente'', ''para el efecto de laborar entre los miembros de la comunidad las porciones de resguardos y se mantengan en común, procurando sobre todo que ninguno de los *partícipes,* casados o mayores de diez y ocho años, quede excluído del *goce* de alguna porción del mismo resguardo'', y el artículo 38, ibídem, estatuye que ''mientras dure la indivisión, los indígenas continuarán *como hasta aquí,* en calidad de *usufructuarios,* con sujeción a las prescripciones de la presente ley''. Las leyes dictadas después contienen medidas encaminadas a la real efectividad de ese goce, dada su trascendencia en la modelación de la personalidad del indio.

b) La segunda situación corresponde a la condición de dueño de una parcela determinada, cuando por solicitarlo la totalidad de los miembros del pequeño Cabildo, con el respaldo de las dos terceras partes de la población constitutiva de la Parcialidad, o por otras causales legales, se decrete la división y adjudicación de los terrenos a los mismos idígenas, por cabezas o familias (arts. 30, Ley 89 de 1890, 1º, Decreto extraordinario número 1421 de 1940, y 7º y 9º, Ley 81 de 1958). No pueden, empero, enajenar libremente la propiedad dentro de los quince años a contar de la división (arts. 40, Ley 89 de 1890; 34, Ley 19 de 1927, y 7º y 9º, Ley 81 de 1958).

Caracteres de la Comunidad de los terrenos de Resguardos.

21. De las leyes republicanas, así como de la jurisprudencia de la Corte, pueden inferirse los distintivos de la comunidad de los terrenos de Resguardos, distintivos que concurren a demostrar la improcedencia de la prescripción adquisitiva del dominio de las tierras comprendidas en ellas. Tales distintivos son:

a) Los indígenas no son propietarios exclusivos de ninguna porción determinada de las tierras del Resguardo. Así ocurre en la copropiedad de derecho común.

b) Tienen un derecho de cuota sobre la totalidad de ellas, pero eventual y en una porción indeterminada, a base, primero, de que existan en el momento de la división, y luego de su estado civil, de solteros o casados, con hijos menores de diez y ocho años o sin hijos. Es una discrepancia con la copropiedad ordinaria.

c) El Cabildo de la Parcialidad señala a los miembros de ella, en consideración al número y edad de sus familiares, porciones ciertas de terreno, en usufructo (ords. 4º y 5º, art. 7º, Ley 89 de 1890), las que pueden ser reajustadas según las necesidades generales (art. 3º, h), y 4º, parágrafo 1º, Ley 81 de 1958). El reparto del goce en la comunidad ordinaria depende de la voluntad de los copropietarios y obedece a la proporción de la cuota de cada cual.

d) No pueden enajenar el derecho de cuota (ordinal 7º, artículo 7º, Ley 89 de 1890). Lo contrario se opondría francamente a la finalidad de los resguardos. Tampoco pueden individualmente pedir la división de las tierras. Ello corresponde al pequeño Cabildo con la refrendación de las dos terceras partes de la población de la respectiva Parcialidad, o a la autoridad administrativa en determinados casos. Otras características son estas que separan tan peculiar comunidad de la ordinaria.

e) Los indígenas no pueden traspasar el usufructo, ni la propiedad del terreno, ni tampoco hipotecarlo. Los artículos 40 de la Ley 89 de 1890, 34 de la 19 de 1927 y 7º de la Ley 81 de 1958, imponen la sanción de nulidad absoluta, si, dentro de los quince años siguientes a la adjudicación, la venta o hipoteca se verifica sin las formalidades que las leyes prescriben para la enajenación de inmuebles de menores. La enajenación de cuerpo cierto en la copropiedad de derecho común, está sujeta a las reglas de la venta de cosa ajena (arts. 779 y 1404, C. C.).

22. A estos rasgos característicos de la Comunidad de las tierras de Resguardos corresponden los distintivos muy peculiares del usufructo que a los indígenas atribuyen la Ley 89 de 1890 y las demás posteriores sobre esta cuestión. No es un usufructo de derecho común, por el *origen,* que se halla en la existencia de las tribus de indios; por las *causas de su extinción,* la cual acarrea la división de los terrenos entre los miembros de la misma entidad; por la *finalidad,* que es encaminar al indio hacia un grado de civilización; y por el *interés* que lo inspira, pues en el

o

usufructo ordinario es exclusivamente privado, en tanto que aquí es de orden público, pues de orden público evidente es rescatar a las tribus aborígenes, que son colombianas, de su estado salvaje. A este orden público pugna la usucapión —forma inexorable de adquirir en la organización social de hombres capacitados para el ejercicio de sus derechos—, que habría entorpecido antes y entorpecería hoy la realización de esa empresa imponderable.

23. Puede resumirse así lo antes expuesto:

1º El artículo 2º de la Ley 89 de 1890 somete a los indígenas "en los asuntos de resguardos", a las disposiciones de la misma ley, vale decir, además, a las posteriormente expedidas sobre esta materia.

2º De los modos de adquirir, la *ocupación* es extraña, pues las tierras pertenecen a la Parcialidad. La *accesión* tiene aplicaciones referentes al usufructo de las parcelas. La *tradición* es inoperante, porque los terrenos atribuídos en goce no son enajenables ni a pretexto de vender las mejoras, que acceden a la tierra (ord. 7º, artículo 7º, Ley 89 de 1890); procede, sí, adjudicadas que sean en propiedad mediante la partición prevista en las leyes. La *sucesión por causa de muerte* no tiene vigencia alguna, mientras no se haya verificado la adjudicación.

3º La *usucapión* es inaplicable:

a) Porque la usucapión es modo de adquirir destinado a las relaciones de los hombres que viven en la sociedad civilizada. Si los otros modos no tienen aplicación, debido a los fines de las Parcialidades y del usufructo en referencia, no se vé la razón para que la usucapión haya de tenerla. Cuando y dondequiera haya análogos fenómenos objetivos, la regla legal prevista expresamente para unos, los encierra todos de antemano, en razón de la unidad de la ley.

b) Porque está dispuesto (arts. 7º, ords. 4º y 5º; 38, Ley 89 de 1890, y 3º, Ley 81 de 1958), que los Cabildos de las Parcialidades deben entregar porciones de terreno determinadas a los indígenas, para que las usufructúen con sus familias; que esta situación legal termina *sólo por un medio:* la "división de los terrenos de resguardos", que establece la citada Ley 89 y desarrollan leyes posteriores, a voluntad de los Cabildos y la población indígena, y por otras causas de extinción de las Parcialidades. Siempre que el goce no pueda mudarse en propiedad, sino mediante una forma específica, como es la *división de las tierras,* no puede obrar otra, llámese sucesión por causa de muerte, tradición o prescripción adquisitiva.

c) La posesión que se pretenda realizar sobre ese goce —de una finalidad excepcional dentro del Derecho Público nacional— no es posesión, porque el *animus dómini* no puede existir por ser contrario a la ley (modalidad del *elemento negativo diferencial* de Ihering); de la misma manera que no puede existir en el goce de un bien de uso público o de zonas destinadas por la Nación a fines específicos.

d) Si el indio no puede invertir su título de *goce,* a *fortiori* no puede transformarlo el hombre civilizado, extraño a la situación jurídica de las poblaciones indígenas.

En una palabra, un derecho de goce en favor de los indios, signo de la propiedad que les pertenece, mal puede fundar, entre ellos mismos, la prescripción del suelo, cuyo título se limita entre tanto al usufructo; y menos aún a favor de gentes extrañas a las tribus indígenas que con frecuencia, en vez de servir a la obra civilizádora del Estado, han empleado "su astucia y maldad" en daño de los aborígenes, según rezan a una los cronistas. (V. *Fernando Vélez. Datos para la Historia del Derecho Nacional,* p. 39. Año de 1891).

24. La casación de 31 de octubre de 1933 (XLI-bis, 1895 A-38) acogió la excepción de prescripción alegada por el demandado contra la Parcialidad de Indígenas actora en el juicio, quien de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación, sostuvo la imprescriptibilidad, con fundamento en la tesis de que los bienes raíces de Resguardos de Indios están fuera del comercio.

Mas no por este motivo sino por los expuestos antes, la Corte ha llegado a la conclusión de la imprescriptibilidad, considerando, en una palabra, que así lo imponen la situación jurídica y la función social de tales bienes. No puede afirmarse que están fuera del comercio de una manera estricta, porque son objeto de remates públicos en los casos de los artículos 16 de la Ley 89 de 1890 y 4º de la Ley 81 de 1958; se dan en usufructo, con arreglo al artículo 7º, ordinales 4º y 5º de la Ley 89 de 1890, 3º, h), y 4º, parágrafo 1º de la Ley 81 de 1958, y se distribuyen parcelados, en propiedad, entre los mismos indígenas. Lo que ocurre, simplemente, es que, como lo dispone el artículo 2º de la Ley 89 de 1890, están sujetos a un régimen de excepción que implica el dicho carácter de la imprescriptibilidad, mientras no se haya extinguido el Resguardo conforme a la ley.

Por lo demás, el fallo de que en esta ocasión se aparta la Corte, vio en el fondo del problema la razón de esta tesis al afirmar que "podría decirse que la solución que propone el señor Procurador puede estar más ajustada a la epiqueya", esto es, según la definición de este vocablo, a una "interpretación moderada y prudente de la ley, según las circunstancias de lugar, tiempo y persona", y, ciertamente, es la de ahora una interpretación adecuada a la prudencia con que deben juzgarse los intereses fundamentales de masas humanas para con quienes la República tiene pendiente aún tremenda deuda, a pesar de los constantes esfuerzos cumplidos con el concurso de los misioneros de la Iglesia Católica. Y con mayor razón si se mira —siguiendo los pasos de la definición— al *lugar,* que son las tierras que la Corona reconoció a la población aborígen, ocupante originaria de las mismas; al *tiempo,* porque hoy, no menos que ayer, se impone la misión primordial de velar por la suerte de las razas indígenas; y a la *persona,* ya que son éstas precisamente quienes claman por una existencia más en armonía con la naturaleza y los fines del hombre.

IV. *El caso de autos.*

25. La Parcialidad de Indígenas de Ipiales ejerce la acción reivindicatoria de los terrenos "San Judas" y "Chacuayalé". Se funda principalmente en que la propiedad sobre ellos le viene de la titulación que acompaña. El demandado le opone la prescripción ordinaria y también la extraordinaria.

La Parcialidad ha aducido los títulos que le fueron conferidos por las autoridades de la Corona, y demostrado, además, que los fundos están comprendidos dentro del área del Resguardo.

Así que están demostrados: el derecho, por los títulos; la posesión del demandado, por haberla aceptado al contestar la demanda y proponer la excepción de prescripción, y por esto mismo y por otras pruebas, la identidad de los terrenos, como también la singularidad de las cosas que son objeto de la acción.

26. De acuerdo con la doctrina del presente fallo, no son prescriptibles las tierras de las Parcialidades o Comunidades de Indios. Pertenecen ellas a las Parcialidades mientras éstas existan, y dejan de existir, bien por el objetivo natural de tales tierras, o sea, la división prevista en las Leyes 89 de 1890, 104 de 1919, 38 de 1921, 19 de 1927 y 81 de 1958, y Decreto extraordinario número 1421 de 1940; o porque lleguen a contar menos de treinta familias y un total inferior a doscientos indígenas, mediante la declaración oficial de extinción, requerida para la división de las tierras entre los miembros de la Parcialidad (arts. 12, Ley 104 de 1919, y 14, D. cit. No. 1421 de 1940); o bien por falta de títulos y de la prueba supletoria de éstos, con derecho de los indios usufructuarios, para que les sean adjudicadas las parcelas como baldíos nacionales (arts. 7º, ord. 2º, y 12, Ley 89 de 1890, y 9º, Ley 81 de 1958). Mientras no ocurra ninguno de estos eventos —que marcan el fin de la Parcialidad y el comienzo del dominio privado y exclusivo de los terrenos en cabeza de los indios— las tierras, precisamente por pertenecer a las Parcialidades, son imprescriptibles por los mismos indígenas, gocen o no de ellas, y a *fortiori* por los extraños.

Cumplido cualquiera de tales eventos, pasan a ser prescriptibles según el derecho común, pero durante los primeros quince años están equiparados sus adjudicatarios a los menores, de acuerdo con el artículo 40 de la Ley 89 de 1890, por lo cual les obligan, en lo tocante a los actos de enajenación, los requisitos que la ley exige para ello en tratándose de inmuebles de incapaces.

27. De las declaraciones de testigos aducidas por la parte actora se sigue que María Ascensión Inagán disfrutó de los terrenos de "San Judas" y "Chacuayalé", por habérselos entregado en usufructo el Cabildo de la Parcialidad, con arreglo al régimen legal respectivo. No aparece, sin embargo, prueba documental de los acuerdos del Cabildo con ese fin, pero, ello no es necesario para calificar el goce de la antecesora del demandado Reina, ya que no podía ser a otro título que de usufructo, de conformidad con el mismo régimen. Y no obstante la larga posesión que alega el mismo Reina, como sustentáculo de la prescripción, consta en las copias auténticas allegadas regularmente al proceso (fls. 11 y ss., C. 2º), que el Cabildo de la Parcialidad, reafirmando su derecho sobre esa tierra, concedió por medio de Acuerdo número 7 de 1º de diciembre de 1951, a Adán Chacua y Tobías Tepud, el usufructo de las mismas parcelas "San Judas" y "Chacuayalé", por muerte de los anteriores usufructuarios, Eduardo Chacua y María Ascensión Inagán, cónyuges entre sí. Dicho Acuerdo aparece aprobado por el Alcalde Municipal de Ipiales el 3 del mismo mes (art. 7º, ord. 4º, Ley 89 de 1890), y de la entrega de los terrenos a los nuevos usufructuarios da testimonio el acta correspondiente, traída también a los autos en copia auténtica.

Despachada favorablemente al actor, como debe serlo, la petición principal del libelo que originó el juicio, no es el caso de examinar la segunda.

Como se ha pedido, además, la restitución de los frutos, se condenará a Reina a restituírlos, pero a partir de la notificación de la demanda —23 de agosto de 1958—, porque no aparece demostrada objetivamente la mala fe, por una parte, y el error de derecho que pudiera imputarse a su posesión, aparece atenuado por la doctrina de la sentencia de la Corte antes aludida.

DECISION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, fechada el veintisiete (27) de abril de mil novecientos sesenta y uno (1961), y proferida en juicio del Cabildo de la Parcialidad de Indígenas de Ipiales contra Isaías Reina y otros, y como Tribunal de instancia, resuelve confirmar el fallo del Juez Civil del Circuito de Ipiales, de fecha quince (15) de junio de mil novecientos sesenta (1960), en la forma siguiente:

Primero. Pertenecen en propiedad a la Parcialidad o Comunidad de Indígenas de Ipiales dos lotes de terreno llamados "San Judas" y "Chacuayalé", ubicados en el Municipio de Ipiales —Departamento de Nariño—, alinderados así:

Terreno "San Judas": "Por el oriente con terrenos de José Inagán, mojones por medio; norte, con los de Pastor Chacua, zanja por medio; occidente, con los de Tránsito Taimbud, Segundo Quemá, Nicanor Inagán y Salvador Mueses, zanja y callejón de entrada por medio; y sur, con los de Consolación Chacua y Benigna Inagán, zanja por medio".

Terreno "Chacuayalé": "Por el oriente con terrenos de Pastor Chacua, zanja y aguada por medio; norte, con los de Moisés Chacua, zanja por medio; occidente, con los de Trinidad Yandún, zanja por medio; y sur, con los de Encarnación Guepud y Gabriel Chacua, zanja y callejón por medio".

Segundo. El demandado Isaías Reina restituirá a la Parcialidad de Indígenas de Ipiales, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del auto que ordene cumplir el presente fallo, los lotes "San Judas" y "Chacuayalé", por los linderos señalados en el punto anterior.

Tercero. El demandado Isaías Reina restituirá a la Parcialidad de Indígenas de Ipiales los frutos de los terrenos nombrados, de acuerdo con lo dispuesto en los dos últimos incisos del artículo 964 del Código Civil, y en relación con el tiempo comprendido entre el veintitrés (23) de agosto de mil novecientos cincuenta y ocho (1958) y el día de la restitución de los inmuebles.

Cuarto. Los frutos se regularán según el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial.

Quinto. Se condena al demandado en las costas de la primera instancia, y a ninguna de las partes en las causadas en la segunda y en el recurso extraordinario.

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

Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

PRESUPUESTOS PROCESALES

Competencia. — Prorrogable e improrrogable.

1. El concepto de los presupuestos procesales como elementos indispensables para que el juicio tenga existencia jurídica y validez formal, es de innegable trascendencia, y se relieva y actualiza en el momento de dictar sentencia, en virtud de que los presupuestos son cuestiones anteriores a la decisión del juzgador y comoquiera que sin ellos no puede hacerse pronunciamiento de mérito.

El escrutinio que el fallador debe realizar de la presencia de esas circunstancias constitutivas del proceso, es de tal manera obligatorio que no es necesaria la petición de parte para que, si faltan, así sea declarado.

Como el juzgador no tiene facultad para llenar por sí los vacíos de una demanda informalmente presentada; ni está autorizado para asumir una competencia que no le reconoce la ley; ni puede dotar a las partes de la aptitud para ser sujetos de derechos y obligaciones; y, como tampoco puede suplir la incapacidad procesal de los litigantes, debe dictar, sin equivocar el contenido y concepto de cada uno de los presupuestos, el adecuado proveimiento procesal.

No es la misma la solución del negocio por falta de demanda en forma o de capacidad para ser parte, que cuando se trata de competencia o de capacidad procesal. La ausencia de los dos primeros presupuestos enunciados, que lo son de una sentencia de mérito, determinan la declaración de inhibición; en cambio, los dos últimos son presupuestos de validez del proceso y, su falta, obliga la declaración de nulidad. Unos y otros obstan la sentencia de fondo: pero, al paso que la declaración inhibitoria produce sentencia formal, el pronunciamiento de nulidad se hace por medio de providencia interlocutoria.

2. La carencia de legitimación procesal puede dar lugar a excepción dilatoria o a nulidad en el juicio (C. J., 330, 332, 448, 450, 455, 457). La incompetencia a excepción del mismo carácter, y a nulidad que puede decretarse de oficio o por petición de parte (331, 448, 449, 455, 456).

La competencia del Juez es generalmente prorrogable; la prórroga puede ocurrir por disposición de la ley o por voluntad de las partes. Cuando la ley la autoriza, el Juez puede conocer de un negocio que no le estaría atribuído, como sucede en los supuestos de los artículos 209 y 427 del Código Judicial. La prórroga por voluntad de los litigantes puede ser expresa, como aparece de los artículos 438, inciso 2º, y 455, o por voluntad presunta, en el suceso del numeral primero del artículo 449, todos del Código Judicial, o bien por parte del demandante, por el hecho de ejercitar la acción, y, por parte del demandado, por el de no oponer la excepción oportunamente.

La competencia que se determina por razón de la naturaleza del asunto, por su cuantía o por la calidad de las partes, salvo excepción expresa, es improrrogable.

La competencia por razón del lugar, sólo por excepción, es improrrogable (C. J., 152, numerales 8, 9, 10 y 11), lo cual quiere decir que puede sanearse, tanto por aquiescencia de la parte como por medio de resolución judicial que haya declarado la competencia del Juez para conocer del negocio.

Prorrogada la competencia del juzgador por virtud del fallo dictado en el incidente respectivo y purificado así el procedimiento, aún dentro de la hipótesis en que erradamente se situó el Tribunal, su deber era declarar la nulidad por incompetencia y, para cumplir el ordenamiento procesal, "mandar poner en conocimiento de las partes las causales de nulidad que observe y resolver sobre ellas" (C. J., 455), para

que los litigantes tuviesen la posibilidad de subsanar esos vicios, a fin de que el proceso reuniese las condiciones constitutivas adecuadas para recibir sentencia definitiva.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, cuatro de octubre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Enrique Coral Velasco).

1º Por escritura número 506, de 20 de marzo de 1953, pasada ante la Notaría Primera de Buga, Antonio J. Restrepo Peláez vendió a Flor de María García un predio rural compuesto de varios lotes, llamado "El Vergel", ubicado en el Municipio de El Líbano, Departamento del Tolima. Se convino como precio de venta la suma de doce mil pesos, que en parte lo pagó la compradora en dinero efectivo, y el resto se comprometió a pagarlo entregando al vendedor 350 arrobas de café seco y en estado de venderlo, dentro del término de tres años (a razón de 100 arrobas por año) o, en caso de incumplimiento, en dinero efectivo al precio que el café tuviese en el mercado.

La compradora incumplió su obligación de pagar el resto del precio, y vendió el inmueble a Efraín Acevedo Guerrero y Jesús Antonio García, y éstos, a su vez, a la señora Rosa Cecilia Giraldo de López, según dice la demanda, ya que no existen escrituras distintas de la 506, que demuestren las afirmaciones del demandante.

En el libelo manifestó el actor que los demandados Flor de María García de Arias, Efraín Acevedo Guerrero y Jesús Antonio García eran vecinos del Municipio de Armenia (Departamento de Caldas). Hubo reforma de la demanda para dirigirla también contra Cecilia Giraldo de López, de quien el demandante dijo ignorar el domicilio, el cual resultó ser el de Pereira, según aparece del poder que ésta otorgara a su abogado.

Para iniciar el juicio ante el Juez Civil del Circuito de Buga, el demandante tuvo éste como domicilio elegido en la cláusula tercera de la escritura, en la cual, entre otras cosas, se dijo:

"... siendo condición de este contrato, que si la señora Flor de María García de Arias deja vencer el año de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954) sin hacer el abono de las arrobas de café en la forma indicada, automáticamente quedará vencido el plazo total de la obligación, con facultad el señor Restrepo para hacer efectiva la obligación ante el Poder Judicial, siendo competente el Juzgado del domicilio del acreedor o de quien sus derechos represente el día del pago...".

Las peticiones de la demanda son las siguientes:

"*Primera.* Que la señora Flor de María García de Arias está en mora de pagar al señor Antonio J. Restrepo Peláez la cantidad de trescientas cincuenta (350 @) arrobas de café, como parte del precio de la finca 'El Vergel' de que trata el hecho 1º de esta demanda, y la escritura allí citada.

"*Segunda.* Que en virtud de estar incumplida esa obligación por parte de la señora Flor de María García de Arias (falta de pago), se declare resuelto el contrato de compraventa contenido en la escritura número quinientos seis (506), de 20 de marzo de mil novecientos cincuenta y tres (1953) otorgada en la Notaría 1ª del Circuito de Buga.

"*Tercera.* Que, en consecuencia, de la anterior declaratoria se condene, tanto a la demandada Flor de María García de Arias como a los demandados —actuales poseedores del inmueble retractado— señores Efraín Acevedo Guerrero y Jesús Antonio García, a restituír a mi mandante Restrepo Peláez (Antonio J.) el predio 'El Vergel', de que trata el hecho 1º de esta demanda, tres días después de ejecutoriada la sentencia.

"*Cuarta.* Que se condene a todos los demandados a pagar solidariamente al demandante Restrepo P. los perjuicios correspondientes en abstracto, para que se fijen de acuerdo con el artículo 553 del Código Judicial, en armonía con el artículo 1932 del Código Civil, reputando a los demandados Acevedo G. y García (Jesús A.) como poseedores de mala fe, en consonancia con la última disposición citada.

"*Quinta.* Que se condene en costas a los demandados".

2º El apoderado de Cecilia Giraldo de López propuso excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción, incidente que fue resuelto en el sentido de ordenar que se conteste la demanda dentro "de dos (2) días". Se fundó esta resolución judicial en el hecho de que hasta el momento de pronunciarla no se había presentado la escritura 506, en la que se eligió domicilio, según se afirma en el escrito de excepciones.

Ni la actora del incidente ni los otros demandados contestaron el libelo.

3º Posteriormente el apoderado de la señora Giralo de López solicitó se declare la nulidad de lo actuado en el juicio, desde el auto que admitió la demanda, afirmando la incompetencia del Juzgado para conocer del negocio.

Como argumento principal para no declarar la nulidad, el Juzgado expresó:

"Según las voces del artículo 456 del C. J. —inciso segundo—, el incidente de nulidad 'no es admisible si la causal alegada se había aducido antes como excepción dilatoria'. Fuera de esto, la competencia que se fija por razón del lugar es prorrogable (art. 153 del C. J.), salvo en los eventos de los ordinales 8º, 9º, 10 y 11 del artículo 152, ibídem, todos ajenos al problema sub júdice.

"Así las cosas, bien porque el incidente no es de recibo, ora en gracia de la prórroga vigente, la pretensión no prosperará. El Despacho, entonces, *niega* el decreto de nulidad impetrado".

La sentencia de primer grado negó las peticiones de la demanda y absolvió, en consecuencia, a los demandados. De ella apeló el demandante.

4º El Tribunal considera que los fundamentos de los incidentes que el demandado postuló en su oportunidad, son diversos y que "por no observarlo así el Juez incurrió en error en cuanto aplicó indiscriminadamente el artículo 456 del Código Judicial, sin tener en cuenta que las causales se fundaban: el primero (se refiere al incidente), afirmando la inaplicabilidad de la cláusula de domicilio especial y sí las normas de los ordinales 2º y 5º del artículo 152 de aquel Código, en tanto que el segundo se fundó en el ordinal 12 de la misma disposición".

De lo que el Tribunal llama error del Juzgado por haber aplicado el ordinal 2º del artículo 456, infiere la posibilidad de estudiar como primera cuestión la de los presupuestos procesales. Avoca así el análisis del de competencia, vista la cláusula tercera de la escritura 506, y afirmando que no obsta para ese análisis el que ya se hubiese resuelto de manera adversa al excepcionante, por falta entonces de prueba, el incidente de declinatoria de jurisdicción y en razón de que para el momento del fallo aparece en el juicio la mencionada escritura. Por eso concluyó de este modo:

"Revócase la sentencia apelada y, en su lugar, se declara que no hay lugar en el presente negocio a decidir sobre las acciones suplicadas en el escrito de demanda, por ausencia del presupuesto procesal de competencia".

La sentencia del Tribunal fue recurrida en casación por la parte demandante.

La demanda de impugnación.

5º Los cargos y el orden en que se postulan son los siguientes:

a) Interpretación errónea del artículo 1930 del Código Civil, por haberse desconocido el derecho de resolver los contratos por falta del pago del precio;

b) Incongruencia, por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, y

c) "Finalmente, acuso la misma sentencia de acuerdo con la causal *séptima* consagrada en el artículo 520 citado. Haberse abstenido el Tribunal de conocer de un asunto de su competencia, como era decidir concediendo o negando las declaraciones pedidas. Así lo decidió en el fallo cuando dijo: '*Resuelve:* ... no hay lugar en el presente negocio a decidir sobre las acciones suplicadas en el escrito de demanda por ausencia del presupuesto procesal de competencia'.

"En otros términos, lo que hizo el Tribunal fue declarar una *nulidad* por carencia de jurisdicción, o sea la que alegó ante el señor Juez a quo la parte demandada, a pesar de estar ejecutoriado el fallo de *excepciones*, pronunciado por el mismo Juez. A la vez también el honorable Tribunal reconoció o declaró probada la excepción propuesta, a pesar de dicha ejecutoria, lo que no podía hacer nadie, porque lo prohibe el 2º inciso del artículo 456 del Código Judicial, que considero bien interpretado y respetado en la sentencia por el señor Juez a quo, y erróneamente interpretado por el honorable Tribunal en el fallo que acuso. También interpretó mal los artículos 143 y 456 de la misma obra, además del artículo 84 del Código Civil, es decir, se cometió un error gravísimo en esa interpretación porque se confundieron etapas procesales, ya que el Tribunal no podía revisar el fallo ejecutoriado durante la primera etapa, ya que no tenía jurisdicción para ese efecto.

"Se pasó abiertamente por sobre fallos ejecutoriados que establecían ellos sí, en debida forma y con base cierta y segura, el presupuesto procesal de *competencia*".

La Corte considera:

6º El concepto de los presupuestos procesales como elementos indispensables para que el juicio

tenga existencia jurídica y validez formal, es de innegable trascendencia, y se relieva y actualiza en el momento de dictar sentencia, en virtud de que los presupuestos son cuestiones anteriores a la decisión del juzgador, y comoquiera que sin ellos no puede hacerse pronunciamiento de mérito.

El escrutinio que el fallador debe realizar de la presencia de esas circunstancia constitutivas del proceso, es de tal manera obligatorio, que no es necesaria la petición de parte para que, si faltan, así sea declarado.

Como el juzgador no tiene facultad para llenar por sí los vacíos de una demanda informalmente presentada; ni está autorizado para asumir una competencia que no le reconoce la ley, ni puede dotar a las partes de la aptitud para ser sujetos de derechos y obligaciones; y como tampoco puede suplir la incapacidad procesal de los litigantes, debe dictar, sin equivocar el contenido y concepto de cada uno de los presupuestos, el adecuado proveimiento procesal.

No es la misma la solución del negocio por falta de demanda en forma o de capacidad para ser parte, que cuando se trata de competencia o de capacidad procesal. La ausencia de los dos primeros presupuestos enunciados, que lo son de una sentencia de mérito, determinan la declaración de inhibición; en cambio los dos últimos son presupuestos de validez del proceso y, su falta, obliga la declaración de nulidad. Unos y otros obstan la sentencia de fondo: pero, al paso que la declaración inhibitoria produce sentencia formal, el pronunciamiento de nulidad se hace por medio de providencia interlocutoria.

7º La carencia de legitimación procesal puede dar lugar a excepción dilatoria o a nulidad en el juicio (C. J., 330, 332, 448, 450, 455, 457). La incompetencia a excepción del mismo carácter, y a nulidad que puede decretarse de oficio o por petición de parte. (331, 448, 449, 455, 456).

La competencia del Juez es generalmente prorrogable; la prórroga puede ocurrir por disposición de la ley o por voluntad de las partes. Cuando la ley la autoriza, el Juez puede conocer de un negocio que no le estaría atribuído, como sucede en los supuestos de los artículos 209 y 427 del Código Judicial. La prórroga por voluntad de los litigantes puede ser expresa, como aparece de los artículos 438, inciso 2º, y 455, o, por voluntad presunta, en el suceso del numeral primero del artículo 449, todos del Código Judicial, o bien, por parte del demandante, por el hecho de ejercitar la acción, y, por parte del demandado, por el de no oponer la excepción oportunamente.

La competencia que se determina por razón de la naturaleza del asunto, por su cuantía o por la calidad de las partes, salvo excepción expresa, es improrrogable.

La competencia, por razón del lugar, sólo por excepción, es improrrogable (C. J., 152, numerales 8, 9, 10 y 11), lo cual quiere decir que puede sanearse, tanto por aquiescencia de la parte como por medio de resolución judicial que haya declarado la competencia del Juez para conocer del negocio. Fallado en el presente juicio el incidente exceptivo en forma adversa al excepcionante y tratándose de competencia prorrogable, no podía el Tribunal, con pretexto de declarar la ausencia de un presupuesto procesal, revisar la providencia que puso fin al incidente. Así lo dispone el numeral 2º del artículo 449 del Código Judicial, en razón de la preclusión de los actos procesales, que no solamente cierra el término para el ejercicio de los derechos, sino que contribuye al orden del proceso y a su regular adelantamiento.

8º Prorrogada la competencia del juzgador por virtud del fallo dictado en el incidente respectivo y purificado así el procedimiento, aun dentro de la hipótesis en que erradamente se situó el Tribunal, su deber era declarar la nulidad por incompetencia y, para cumplir el ordenamiento procesal, "mandar poner en conocimiento de las partes las causales de nulidad que observe, y resolver sobre ellas" (C. J., 455), para que los litigantes tuviesen la posibilidad de subsanar esos vicios, a fin de que el proceso reuniese las condiciones constitutivas adecuadas para recibir sentencia definitiva.

De lo dicho se infiere que la providencia en que el Tribunal declaró la nulidad, no es sentencia de las sujetas al recurso extraordinario de casación, y que, como los autos que admiten este procedimiento impugnatorio, no son vinculantes, según repetida jurisprudencia de esta Corte, es del caso ordenar, como se ordena, devolver el expediente al Tribunal de origen, para que proceda a dictar sentencia de fondo.

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

Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

LA HERENCIA. — TITULO Y MODO. — POSESION LEGAL, POSESION EFECTIVA Y ACTO LEGAL DE PARTICION

Reivindicación de cuota.

1. Cuando se recibe por herencia, el testamento o la ley constituyen el título, y la sucesión por causa de muerte el modo de adquirir. Pero como se trata de universalidad, que comprende tanto el activo como el pasivo patrimonial del causante, es necesario que el derecho transmitido se liquide y determine concretamente. Así, a más de la posesión legal conferida al heredero desde el momento de deferirse la herencia, se requiere que sobrevenga el registro del decreto judicial que le da la posesión efectiva, o del acto legal de partición, en su caso, para que el continuador de la persona del difunto se encuentre plenamente habilitado a disponer de inmuebles sucesorios en la medida que le quepa.

No es que durante la indivisión de la comunidad universal el heredero se encuentre imposibilitado para enajenar sus derechos, ni que esté privado de acciones para perseguir los bienes hereditarios. Ocurre simplemente que todo se subordina a la naturaleza jurídica de la herencia en el susodicho carácter de comunidad universal.

Si el heredero reivindica bienes hereditarios durante la iliquidez, habrá de hacerlo para la masa sucesoria y no para sí mismo, porque de otra manera no está legitimado en causa. Pero si es el único heredero que ha obtenido y registrado el decreto de posesión efectiva de herencia, ello le basta para legitimarse al reivindicar en su propio nombre, con igual derecho al que le asiste para disponer de los bienes herenciales, y por la evidencia misma de que no hay masa partible cuando el asignatario es uno solo. (968, C. J.).

Por corolario se desprende que si el único heredero, con decreto registrado de posesión efectiva, enajena alguno de los inmuebles herenciales, coloca al adquirente en igual titularidad que la suya para reivindicar de terceras manos. Al poseedor demandado no le es suficiente entonces el solo hecho económico para triunfar en el litigio, sino que debe exhibir título prevaleciente sobre el de su adversario, salvo que la prescripción haya cumplido su efecto, o que, al menos, la posesión anteceda a los títulos del reivindicador.

2. Hay variedad de resultante jurídica cuando el decreto de posesión efectiva del único heredero no contempla el dominio de cuerpo cierto, sino que versa sobre una cuota determinada de cosa singular. Porque si bien la cuota es reivindicable (949, C. C.), y quien así está legitimado puede perseguirla contra toda persona y, por lo mismo, contra los otros comuneros, no lo está, sin embargo, si reivindica el todo, puesto que no es dueño de una cosa singular, y por ello no puede pedir para sí mismo sino para la comunidad.

Si algún comunero posee todo el bien, responde en juicio por las acciones nacidas de la comunidad, y, desde luego, por la reivindicación de cuota de los otros copropietarios, lo que prepararía el campo a la partición. Pero no se legitima contra el comunero la reivindicación del todo que posee, si el condónimo que la ejercita apenas puede titularizar su demanda por una cuota. A sabiendas el actor cambia por sí y ante sí el objeto propio de su pretensión, y no puede ganar el litigio. El Juez carece de poderes para sustituír el objeto de la acción, que no es viable cuando se pide el todo sin derecho nada más que a una cuota, pues son dos cosas individualmente distintas. No es que el actor demande más de lo que se le debe, para efectos del artículo 210 del Código Judicial, sino que pide otro objeto y un derecho que no tiene. Carece entonces de la precisa titularidad que invoca, y debe respetarse la posesión.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, cuatro (4) de octubre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez).

El 24 de febrero de 1956 Candelaria Pájaro de Pedraza fue notificada de la demanda inicial en que Julio Daniell reivindica una casa y dos solares, "que hoy forman uno solo", en el Barrio de Rodríguez Torices, calle Uribe Uribe, de la ciudad de Cartagena, por los linderos que el libelo expresa.

Afirmó el actor que hubo ese inmueble por compra que le hizo a Patricia Morales Valiente, según escritura pública 609 de 25 de septiembre de 1941, Notaría 2ª de Cartagena; que es su propietario y no ha transmitido su derecho a ninguna persona; que la demandada posee tales casa y solares; y que "Patricia Morales adquirió el bien por posesión efectiva de la herencia de su madre, Margarita Valiente, en 1940".

Contradicha la acción, el Juez 3º Civil del Circuito de Cartagena puso término a la primera instancia con fallo del 18 de abril de 1960, plenamente absolutorio. Pero el Tribunal Superior de aquel Distrito Judicial desató el segundo grado, abierto por alzada del actor, con pronunciamiento del 23 de septiembre de 1961, a saber:

"Revócase la sentencia apelada, y en su lugar se resuelve:

"1º Declárase que el señor Julio Daniell es propietario de la mitad de los lotes números 11 y 12, que hoy forman uno solo, y ubicados en la calle 'Uribe Uribe' del Barrio Rodríguez Torices, de jurisdicción del Municipio de Cartagena, determinados por los linderos y medidas especificados en la escritura pública número 609 de 25 de septiembre de 1941, otorgada en la Notaría 2ª de este Circuito.

"2º Declárase igualmente que el señor Julio Daniell es propietario de la totalidad de la casa construída en los lotes enunciados en el numeral 1º de la parte resolutiva de esta sentencia.

"3º Como consecuencia de lo anterior, se condena a la señora Candelaria Pájaro de Pedraza a restituír, dentro del término de los ocho días siguientes a la ejecutoria de este fallo, la mitad de los lotes números 11 y 12, que hoy forman uno solo, y la totalidad de la casa, como viene expresado.

"4º Condénase igualmente a la señora Candelaria Pájaro de Pedraza a pagar al actor señor Julio Daniell los frutos civiles y naturales correspondientes a los inmuebles que se han declarado de propiedad del demandante, y

"5º Condénase a la demandada a pagar al actor un 75% de las costas del juicio. Por esta instancia no hay lugar a condenación en costas".

Corresponde a la Corte decidir sobre el recurso de casación interpuesto por la parte vencida.

La sentencia acusada.

El Tribunal se refiere a la escritura 609 del 25 de septiembre de 1941, Notaría 2ª de Cartagena, sobre la venta que Patricia Morales Valiente le hace a Julio Daniell, del derecho de dominio en el bien sobre que versa la demanda; y al "certificado de la Oficina de Registro del Circuito de Cartagena, en donde consta que se encuentra inscrito el decreto de posesión efectiva de la herencia, proferido por el Juzgado 1º de este Circuito, y expedido a favor de la herencia del finado señor José S. Morales, representada por su heredera legítima, señora Patricia Morales"; a que no aparecen pruebas de la parte demandada; y al artículo 757 del Código Civil, sobre posesión legal y posesión efectiva de herencia.

Encuentra que Patricia Morales Valiente "sí podía disponer del bien relacionado en el mismo decreto"; transcribe lo que considera conducente de la escritura 609, y añade:

"Pero si comparamos los documentos dichos (escritura y decreto de posesión efectiva de la herencia) aparece que Patricia Morales Valiente sólo puede transmitir el dominio de la mitad de los lotes de terreno números 11 y 12, que forman uno solo, y la totalidad de la casa; que fue lo que recibió en posesión efectiva, y no la totalidad de los lotes como aparece vendiendo por la escritura número 609, expedida por la Notaría 2ª del Circuito de Cartagena.

"Ahora —continúa— el artículo 756 del Código Civil dice que se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos; pero el artículo 752, *ibídem*, estatuye que 'si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada'.

"Al tenor de los anteriores artículos se tiene, pues, que el señor Julio Daniell sólo adquirió el dominio de la mitad de los lotes y la totalidad de la casa que pretende reivindicar, ya que en realidad únicamente de aquello era propietaria

quien le vendió, y, en consecuencia, sólo puede ordenarse la restitución en esa forma, ya que si bien es cierto que la venta de cosa ajena vale, no puede olvidarse que ésta no transmite el dominio, y que la acción reivindicatoria es una acción de dominio como la define el Código Civil en su artículo 946".

La impugnación.

El libelo desarrolla cuatro cargos por la causal 1ª, así:

Primero. "Violación indirecta de los artículos 26 de la Constitución Nacional; 601, 951, 968 del Código Judicial, 673, 752, 765, 738, 739, 2322, 2323, 1849, 946 del Código Civil, por falta de aplicación, y aplicación indebida, a través de error de derecho en la apreciación de pruebas".

En sentir del recurrente, "el Tribunal incurrió en error de derecho en la apreciación del contrato de compraventa contenido en la escritura ameritada, y también en igual error en la apreciación del decreto de posesión efectiva de la herencia de José S. Morales, dándoles a ambos documentos el carácter de títulos traslaticios de dominio, no obstante la correcta apreciación formal que de ellos hizo".

Dice que la partición y adjudicación de los bienes relictos no transfiere al heredero el derecho hereditario, que ya tiene, sino que tienen por objeto liquidar la comunidad universal y poner término a la indivisión, de donde "la partición del acervo hereditario no es modo de adquirir, sino desarrollo del modo de adquirir" por sucesión *mortis causa.*

Agrega que ni "el decreto de posesión efectiva de la herencia, ni la partición son títulos traslaticios de dominio, aun cuando la partición radique en el heredero un patrimonio particular y termine con la universalidad, como podría terminarla también el decreto de posesión efectiva en el caso de heredero único". Y entiende que "el error de derecho en la apreciación del decreto de posesión efectiva de la herencia de José S. Morales, consistió en que el Tribunal le atribuyó el carácter de título traslaticio de dominio", cuando cumple, lo mismo que la partición, otros fines: "cancelar la inscripción del difunto con las nuevas a favor de los herederos, publicar la adquisición de los bienes con motivo de la muerte del causante, para que éstos, los herederos, puedan ejecutar actos de disposición sobre bienes de la universalidad hereditaria, que antes figuraban inscritos a nombre de dicho causante", por todo lo cual "ese decreto se expide a favor de la herencia".

Considera que el error de derecho fue repetido por el Tribunal "en la apreciación del contrato de compraventa entre la heredera y Julio Daniell, atribuyéndole dominio particular", cuando "contaba con material procesal para calificar el contrato de compraventa como contrato de obligación", según el mismo Tribunal "lo destaca en examen que hizo de dicho título y el del decreto de posesión efectiva".

Alega que el título de Patricia Morales sobre la universalidad hereditaria no es el decreto de posesión efectiva, sino la ley, por tratarse de sucesión ilíquida. Y explica:

"El decreto de posesión efectiva era simplemente la prueba a su derecho de disponer. El título de Julio Daniell era el mismo de Patricia Morales como heredera; el contrato de compraventa es de simple obligación, y ese contrato no sacó los bienes de la universalidad hereditaria de José S. Morales, en cuyo patrimonio aun permanece. Ese contrato de compraventa es únicamente la prueba del derecho de Julio Daniell sobre esa universalidad. Por tanto, si el dominio del bien materia de la reivindicación no estaba en el patrimonio particular de Julio Daniell, éste no podía perseguirlo para sí en acción reivindicatoria".

Por otro aspecto aduce que Julio Daniell no sólo carece de dominio singular sobre lo reivindicado, "sino que pertenece a una universalidad hereditaria sobre un inmueble indiviso, constituyendo una comunidad mixta".

Es evidente, procesalmente —agrega—, que se trata de una casa construída sobre dos lotes: ambas cosas forman un todo indiviso. En ese todo indiviso son dueños Julio Daniell en la mitad del todo, como reconoció el Tribunal, y Candelaria Pájaro de Pedraza en la otra mitad del todo. En estas condiciones hay una comunidad universal hereditaria, representada por Patricia Morales, hoy por su cesionario Julio Daniell; y una comunidad particular constituída por la universal y Candelaria Pájaro de Pedraza.

De todo lo cual deduce el quebranto por falta de aplicación de los artículos del Código Civil, 951, numeral 2º, en cuanto prohibe reivindicar contra el que posee con igual derecho; 2332 y 2323 que reconocen la comunidad y derecho igual de los comuneros sobre el todo indiviso; 738 y 739, "por cuanto la casa accede al sueldo en que se construye; y en el caso de autos se trata de un indiviso de ambos condueños".

Segundo. "Violación indirecta de los artículos 951, 630, 631 del Código Judicial, 765, 950, 946, 2652 del Código Civil, a través de errores de

hecho y de derecho en la apreciación de una prueba''.

En sentir del recurrente no se registró en debida forma la escritura 609 atrás citada, por no corresponderle el libro primero, donde aparece inscrita, sino el libro segundo, en cuanto dice que por tratarse ''de compraventa de derecho en una universalidad hereditaria, radicados en cuerpo cierto'', debió inscribirse en el segundo, por ser ''el destinado para inscribir todos los actos que emanen de la sucesión, como es el traspaso que hacen los herederos de los derechos sobre la universalidad hereditaria''.

De donde desprende que por no estar competentemente registrada la dicha escritura 609, el sentenciador no podía apreciarla como prueba.

Tercero. ''Violación directa de los artículos 738, 951, 2322, 2323, 946, 950, 964 del Código Civil'', por ''falta de aplicación y aplicación indebida''.

Alega que el Tribunal aceptó la existencia de comunidad entre el demandante y la demandada sobre el inmueble en litigio, por lo cual ''no podía haber sentenciado contra un comunero ordenándole la restitución, siendo que éste tenía igual derecho que el demandante sobre la cosa común indivisa''.

''Y como lo hizo —añade— dejó de aplicar al caso del pleito los artículos 2322, 2323 y 951 del Código Civil..., y por no haber aplicado dichas normas al caso del pleito, aplicó indebidamente los artículos 738, 946 del Código Civil, violándolos, por consiguiente. En efecto, en los lotes pertenecientes a la comunidad se construyó una casa, por cualquiera de ellos, es indiferente. Y la casa, de conformidad con el artículo 738 del Código Civil, formaba un todo con el suelo o los lotes. Si los lotes y la casa forman un todo indiviso, sobre el cual los comuneros tienen igual derecho, la mala fe que se atribuyó a la demandada es incompatible, por lo cual se quebrantó el precitado artículo 964, de manera directa.

''Esta cadena de errores descritos, trajo como consecuencia la aplicación de los artículos 946 y 950 del Código Civil, en virtud de los cuales se le reconoce al actor el dominio singular sobre un bien indiviso, se ordena su restitución, lo mismo que el pago de frutos por mala fe. Y así se cometió el agravio cuya reparación se persigue con esta demanda''.

Cuarto. ''Violación directa de los artículos 765, 946 y 757 del Código Civil, y 951 del Código Judicial, por falta de aplicación indebida (sic)''.

Se basa el recurrente en la consideración de que como Patricia Morales traspasara a Julio Daniell ''inmueble de la sucesión ilíquida de José S. Morales'', no podía reivindicar Daniell ''diciendo ser dueño absoluto del inmueble, o sea de su dominio particular''.

De manera que, en su sentir, el Tribunal quebrantó directamente el artículo 765, por aplicarlo a un hecho inexistente; el 946 ''que aplicó también a un hecho no comprobado, o sea el dominio particular del señor Daniell sobre el inmueble''; y ''dejó de aplicar la norma pertinente, o sean —dice— los artículos 951-757, el primero del Código Judicial y el segundo del Código Judicial (sic), por cuanto estos artículos desconocen el carácter de título traslaticio de dominio particular sobre el inmueble que se le atribuyó por el Tribunal a Julio Daniell, sentenciado en consecuencia''.

Consideraciones:

1. Cuando se recibe por herencia, el testamento o la ley constituyen el título, y la sucesión por causa de muerte el modo de adquirir. Pero como se trata de universalidad, que comprende tanto el activo como el pasivo patrimonial del causante, es necesario que el derecho transmitido se liquide y determine concretamente. Así, a más de la *posesión legal* conferida al heredero desde el momento de deferirse la herencia, se requiere que sobrevenga el registro del decreto judicial que le da la *posesión efectiva* o del *acto legal de partición,* en su caso, para que el continuador de la persona del difunto se encuentre plenamente habilitado a disponer de inmuebles sucesorios en la medida que le quepa.

2. No es que durante la indivisión de la comunidad universal el heredero se encuentre imposibilitado para enajenar sus derechos, ni que esté privado de acciones para perseguir los bienes hereditarios. Ocurre simplemente que todo se subordina a la naturaleza jurídica de la herencia en el susodicho carácter de comunidad universal.

Si el heredero reivindica bienes hereditarios durante la iliquidez, habrá de hacerlo para la masa sucesoria y no para sí mismo, porque de otra manera no está legitimado en causa. Pero si es el único heredero, que ha obtenido y registrado el decreto de posesión efectiva de herencia, ello le basta para legitimarse al reivindicar en su propio nombre, con igual derecho al que le asiste para disponer de los bienes herenciales, y por la evidencia misma de que no hay masa partible cuando el asignatario es uno solo. (968, C. J.).

Por corolario se desprende que si el único heredero, con decreto registrado de posesión efectiva, enajena alguno de los inmuebles herenciales, coloca al adquirente en igual titularidad que la suya para reivindicar de terceras manos. Al poseedor demandado no le es suficiente entonces el solo hecho económico para triunfar en el litigio, sino que debe exhibir título prevaleciente sobre el de su adversario, salvo que la prescripción haya cumplido su efecto, o que, al menos, la posesión anteceda a los títulos del reivindicador.

3. Hay variedad de resultante jurídica cuando el decreto de posesión efectiva del único heredero no contempla el dominio de cuerpo cierto, sino que versa sobre una cuota determinada de cosa singular. Porque si bien la cuota es reivindicable (949, C. C.), y quien así está legitimado puede perseguirla contra toda persona y por lo mismo contra los otros comuneros, no lo está, sin embargo, si reivindica el todo, puesto que no es dueño de una cosa singular, y por ello no puede pedir para sí mismo sino para la comunidad.

4. Si algún comunero posee todo el bien, responde en juicio por las acciones nacidas de la comunidad, y, desde luego, por la reivindicación de cuota de los otros copropietarios, lo que prepararía el campo a la partición. Pero no se legitima contra el comunero la reivindicación del todo que posee, si el condómino que la ejercita apenas puede titularizar su demanda por una cuota. A sabiendas el actor cambia por sí y ante sí el objeto propio de su pretensión y no puede ganar el litigio. El Juez carece de poderes para sustituír el objeto de la acción, que no es viable cuando se pide el todo sin derecho nada más que a una cuota, pues son dos cosas individualmente distintas. No es que el actor demande más de lo que se le debe, para efectos del artículo 210 del Código Judicial, sino que pide otro objeto y un derecho que no tiene. Carece entonces de la precisa titularidad que invoca, y debe respetarse la posesión.

5. El objeto del vínculo jurídico procesal en el presente pleito fue determinado como cosa singular y no como cuota sobre la misma. Conforme a los hechos del libelo y en el campo de la titularidad del actor fueron invocados:

a) La escritura de la Notaría 2ª de Cartagena, número 609, de 25 de septiembre de 1941, en que Julio Daniell le compra como cuerpo cierto a Patricia Morales los solares y casa del Barrio Rodríguez Torices, y

b) El decreto de posesión efectiva de la herencia de José S. Morales, registrado el 13 de marzo de 1940, en favor de la única heredera, Patricia Morales, pero no sobre cosa singular sino sobre cuota por la mitad de los solares que forman uno solo, donde se levanta la casa que se dice pertenecía toda ella al difunto. No otro objeto recibió el adquirente Julio Daniell. (752, C. C.).

En derecho una es la causa para pedir el todo, y otra distanta es la causa para pedir la parte indivisa y el derecho que se tenga en las construcciones levantadas sobre el mismo inmueble. Por lo que si el actor Daniell no ha demostrado su titularidad por el todo que demanda, sobre el que se trabó la relación jurídico-procesal, no es posible cambiar el objeto mismo de la litis. Así la posición del poseedor no es perturbable por el fallo que desate la presente controversia.

6. A pesar de las deficiencias técnicas del escrito de casación, no deja de ser clara la censura en cuanto no podía prosperar la acción, por ser persecutoria del inmueble y no tratarse de cosa singular, sino de cosa común. El cargo incide en la sentencia, y las razones que anteceden sirven para motivar la de reemplazo, confirmatoria de la proferida por el Juez del conocimiento en primera instancia.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia de fecha 23 de septiembre de 1961, proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, y en su lugar *confirma* y *aclara* lo resuelto en primera instancia por el Juez 3º Civil del Circuito de la misma ciudad, con fecha 18 de abril de 1960, a saber:

1º No se accede a decretar la reivindicación por el todo, pedida por la parte demandante.

2º Costas de primera instancia a cargo de la parte actora.

Sin costas en la segunda instancia ni en casación.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial*, y vuelva el proceso al Tribunal de su origen.

Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez R., Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada, José Hernández Arbeláez.

El Secretario, *Ricardo Ramírez L.*

SOCIEDAD CONYUGAL

El artículo 1781 del Código Civil, que señala los bienes que entran a formar el patrimonio o haber de la sociedad conyugal, continúa vigente. — Causal 6ª de casación. — Técnica de la demanda. — Diferencia fundamental entre el error de hecho y el de derecho.

1. La nulidad que puede afectar un juicio por las causales estatuídas en el artículo 448 del Código Judicial no puede invocarse en el recurso extraordinario de casación sino por la causal sexta del artículo 520, ibídem. Aducirla por violación directa, esto es, por el motivo primero, no se aviene con el carácter de extraordinario que tiene la casación, en la cual son de estricta aplicación las normas que lo regulan. La causal sexta establecida para enmendar un error in procedendo lleva consigo el estudio de la cuestión de hecho, especialmente en lo atañedero a la ilegitimidad de la personería de las partes o de quien figure como su apoderado o representante, y en la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio. La violación directa conduce al examen de las normas que se dicen violadas, aceptando la cuestión de hecho, como la encontró el fallador de instancia. De otra parte, inmodificable ha sido la doctrina de la Corte en sostener que la nulidad proveniente de falta de citación o emplazamiento, o de indebida representación en el proceso solamente puede invocarla la parte en quien concurrieran estas circunstancias.

2. La Corte oficiosamente no puede entrar a considerar si un cargo apenas enunciado está fundado o no. El artículo 531 del Código Judicial exige, como requisito de la demanda de casación, que se exponga en forma clara y precisa los fundamentos de cada causal, indicando los textos legales que se estimen infringidos.

3. Los artículos 180 y 1805 del Código Civil daban exclusivamente al marido la libre administración de los bienes sociales y de los de la mujer, con las obligaciones impuestas en el Título XXII, Libro IV de dicho Código.

El artículo 1º de la Ley 28 de 1932 estableció el nuevo régimen de bienes en el matrimonio, consistente en que dio a cada cónyuge "la libre administración y disposición, tanto de las cosas que le pertenezcan al momento de contraer matrimonio o que hubiere aportado a él, como de las demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiera". Sin embargo, siguió vigente el artículo 1781 del Código Civil, como lo ha declarado reiteradamente la Corte, que señala los bienes que entran a formar el patrimonio o haber de la sociedad conyugal.

Así por mandato del ordinal 5º del citado precepto, entran al activo social los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio a título oneroso.

4. Entre el error de hecho y el de derecho como motivos de casación, hay una diferencia fundamental. Mientras que por el primero el fallador deja de apreciar un medio existente en los autos demostrativo de hechos cardinales en la cuestión sub lite, o admite hechos que no tienen respaldo alguno probatorio, el de derecho toca solamente con la valoración de la prueba en cuanto el Juez le da el mérito no consagrado por la ley, o le desconoce el que ésta le asigna, o estima en su valor legal medios producidos en disconformidad con los ritos procesales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, octubre cuatro de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: Arturo C. Posada).

Alicia Botero de Angel, en representación de la sociedad conyugal formada con el doctor Clí-

maco Angel Mejía, demandó en vía ordinaria a Guillermo Aguilar Delgado, para obtener las siguientes declaraciones:

"A) Que es simulado, con simulación absoluta, y, por lo tanto, inexistente, el contrato de compraventa celebrado por medio de la escritura pública número 133, de fecha veintiuno (21) de enero de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954), por medio de la cual el doctor Clímaco Angel Mejía dijo vender al señor Guillermo Aguilar Delgado, y éste comprar, el inmueble relacionado en el hecho segundo de esta demanda;

"B) Que, como consecuencia de lo anterior, se declare sin valor ni efecto el contrato contenido en la escritura pública número 133 mencionada, y se ordene hacer la cancelación de su correspondiente registro en la oficina respectiva del Circuito de Sevilla (Valle) y la cancelación del instrumento referido;

"C) Que, como consecuencia de lo anterior, se declare que el inmueble relacionado en el hecho segundo de esta demanda, pertenece a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida formada por mi mandante y el doctor Clímaco Angel Mejía, sociedad representada por la misma demandante, y a la sucesión del mencionado doctor Angel, representada por mi mandante y por el señor Francisco Angel;

"D) Que, como consecuencia de lo anterior, el señor Guillermo Aguilar Delgado, de las condiciones civiles anotadas, está obligado a restituír a las entidades mencionadas y representadas como se dice en el punto anterior, el inmueble determinado en el hecho segundo de esta demanda, libre de gravámenes reales, tales como hipotecas, etc., restitución que hará con los frutos naturales y civiles percibidos y que se perciban desde el otorgamiento de la escritura pública número 133 de 21 de enero de 1954, dentro del término de seis (6) días, contados a partir de la ejecutoria de este fallo;

"E) Que, como consecuencia de lo anterior, se ordene la cancelación de toda clase de gravámenes, como hipotecas y otros determinados por la ley, que hubieren sido constituídos sobre el mencionado inmueble, y

"F) Si el demandado se opusiere, sea condenado en costas".

En subsidio de las declaraciones anteriores, pide se hagan las siguientes:

"a) Que es simulado relativamente el contrato de compraventa contenido en la escritura número 133 de 21 de enero de 1954, celebrado entre Clímaco Angel Mejía y Guillermo Aguilar sobre el expresado inmueble, 'ya que con él se quiso disfrazar de compraventa una donación';

"b) Que, como consecuencia de lo anterior, se declare que la verdadera intención de los contratantes fue la de celebrar una donación;

"c) Que, como consecuencia de lo anterior, se declare que dicho acto o contrato es nulo, por nulidad absoluta, ya que carece de los requisitos legales que para la donación exige la ley, y, por lo tanto, sólo vale hasta la suma de dos mil pesos;

"d) Que, en consecuencia, se declare sin valor ni efecto el contrato contenido en la citada escritura número 133, y se ordene la cancelación de ella y de su registro;

"e) Que, por consiguiente, el inmueble relacionado en el hecho segundo de la demanda pertenece a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida de la actora y Clímaco Angel Mejía, y la sucesión de éste, representada como se dice en las peticiones principales;

"f) Que, por la misma razón, Aguilar Delgado 'está obligado a restituír a las entidades mencionadas y representadas como se expresa en el punto anterior, el inmueble determinado en el hecho segundo de la demanda', y libre de gravámenes, con sus frutos naturales y civiles percibidos y que se perciban desde la fecha de otorgamiento de la escritura número 133, dentro de los seis días siguientes, contados desde la ejecutoria de este fallo;

"g) Que, como consecuencia de lo anterior, se ordene la cancelación de toda clase de gravámenes, como hipotecas y otros determinados por la ley, que hubieren sido constituídos sobre el inmueble mencionado, y

"h) Que se condene en costas al demandado".

En subsidio de las anteriores peticiones, solicita se declare:

"a) Que es nulo, de nulidad absoluta, por carecer de consentimiento y causa real y lícita, el contrato de compraventa aparente celebrado entre el doctor Clímaco Angel Mejía y el señor Guillermo Aguilar, 'de que da cuenta la escritura número 133 de 21 de enero de 1954, pasada en la Notaría 2ª del Circuito de Armenia';

"b) Que, en consecuencia, carece de valor y efecto dicho contrato, y se ordene la cancelación del instrumento y del registro del mismo;

"c) Que, por consiguiente, se declare que el inmueble relacionado en el hecho segundo de la demanda pertenece a la sociedad conyugal di-

suelta e ilíquida formada por la actora y Angel Mejía, y a la sucesión de éste, representadas por aquélla y Francisco Angel;

"d) Que Aguilar Delgado está obligado a restituír a las entidades mencionadas en el punto anterior, el inmueble especificado en el hecho segundo de la demanda, libre de todo gravamen, con sus frutos naturales y civiles percibidos y que se perciban desde la fecha de otorgamiento de la escritura número 133, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de este fallo;

"e) Que se ordene la cancelación de las hipotecas y demás gravámenes determinados por la ley, que hubieren sido constituídos sobre el mencionado inmueble;

"f) Que se condene en costas al demandado".

En subsidio de las anteriores, invoca los siguientes pronunciamientos:

"a) Que es nulo, de nulidad relativa, por dolo consistente en el aprovechamiento del estado psíquico anormal del doctor Clímaco Angel Mejía, por parte del señor Guillermo Aguilar Delgado, el contrato celebrado por medio de la escritura pública número 133, de fecha veintiuno (21) de enero de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954), por el cual el primero dijo vender y el segundo comprar, el inmueble relacionado en dicho instrumento.

"b) Que, como consecuencia de lo anterior, se declare sin valor ni efecto el contrato contenido en la escritura pública número 133 antes mencionada, 'y se ordene la cancelación de ella y de su registro'.

"c) Que el inmueble en cuestión pertenece a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida formada por la demandante y Angel Mejía, y a la sucesión de éste, representadas como se dice en las súplicas anteriores.

"d) Que en razón de la anterior declaración, Aguilar Delgado debe restituír a las entidades mencionadas y representadas como se dice en el punto anterior, el inmueble libre de gravámenes, con sus frutos naturales y civiles percibidos y que se perciban desde la fecha de la escritura pública número 133, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

"e) Que, por tanto, se ordene la cancelación de toda clase de gravámenes que hubieren sido constituídos sobre el inmueble".

Los hechos que constituyen la causa de las súplicas se resumen así:

1º La demandante contrajo matrimonio católico con Clímaco Angel Mejía el 5 de julio de 1944, en Manizales.

2º Existente la sociedad conyugal, el citado Angel Mejía adquirió por partición efectuada con José Olegario Angel Mejía, por medio de la escritura pública número 582 de 9 de agosto de 1950, pasada en la Notaría Primera del Circuito de Sevilla (Valle), registrada el 19 del mismo mes, "el siguiente inmueble: un lote de terreno ubicado en jurisdicción del Municipio de Sevilla (Valle), en el paraje de 'Alegrías', mejorado con casa de habitación, cultivos de pasto y monte, denominado 'El Ocaso', y encerrado dentro de los siguientes linderos: Partiendo desde la última agua que le cae a la quebrada Santa Fe, en su margen izquierda, antes de desembocar al río Bugalagrande; ésta aguas arriba, hasta su nacimiento. De aquí, en dirección oeste, a buscar en línea recta el cerro de La Loma de Santa Rosa; de este punto, siguiendo hacia el oeste, por la estribación que separa las aguas de la quebrada Santa Fe y el río Tibí, en dirección a la Cordillera Central, hasta el árbol marcado con tres cruces; de aquí a un mojón de piedra que queda en un pando; de este punto, en dirección norte, en línea recta y a nivel, hasta encontrar la quebrada 'La Cejita', se sigue ésta hasta su nacimiento en la Cordillera Central, limitando hasta aquí, desde el árbol marcado con tres cruces, con el señor Miguel Arana; se sigue la Cordillera Central hacia el norte, hasta encontrar una estribación que separa las aguas de las quebradas Santa Fe y La Cejita, lindando con esta parte con el señor Lázaro Poloche; de este punto, siguiendo la estribación hacia abajo, en dirección oeste, hasta encontrar el nacimiento del agua que se toma para la casa, denominada 'Bélgica'; de este sitio, quebrada abajo, hasta un mojón de piedra, punto del cual se sigue hasta una roca de granito; de aquí, siguiendo una abra y pasando por un derrumbe, hasta llegar a la quebrada 'La Cejita'; ésta abajo hasta su confluencia en la quebrada Santa Fe, lindando por este lado, vale decir, desde la estribación que separa las aguas de las quebradas Santa Fe y La Cejita, hasta el punto últimamente indicado, con el señor Gregorio Heredia; se sigue la quebrada de Santa Fe, hacia abajo, hasta donde le cae la última agua en su margen izquierda, punto de partida".

3º Por escritura número 1715 de 16 de septiembre de 1953, otorgada en la Notaría Segunda de Armenia, Clímaco Angel Mejía otorgó testamento abierto, en el cual instituyó heredera de todos sus bienes a Cenobia Angel de Aguilar,

casada con Guillermo Aguilar Delgado, al cual nombró albacea con tenencia y administración de bienes. Dispuso también que en caso de que la heredera Angel de Aguilar no existiera a la fecha de la muerte del testador, todos sus bienes se adjudicaran a los hijos legítimos de Angel de Aguilar y Aguilar Delgado.

4º Angel Mejía desde el 21 de mayo de 1953 abandonó a su esposa Alicia Botero, sin razón alguna, dejándola en total desamparo económico, y se fue a vivir a la ciudad de Armenia.

5º Angel Mejía en los últimos años de su vida acostumbraba el uso de barbitúricos que lo llevó "a un estado de anormalidad mental", que obligó a su esposa a internarlo en la Clínica de Santo Tomás, de Bogotá, por prescripción de los médicos Jaime Villegas Vásquez y Jesús Montes Sáenz, donde permaneció sometido a tratamiento desde el 21 de diciembre de 1952 hasta fines de enero de 1953. "Este estado de anormalidad en que se encontraba hizo que abandonara a su esposa y se trasladara a vivir a esta ciudad de Armenia, en donde residió hasta su muerte en casa del señor Guillermo Aguilar Delgado, su cuñado, muerte ocurrida a consecuencia de una intoxicación con ceconal".

6º El testamento lo otorgó precisamente cuando residía en la casa de Aguilar Delgado.

7º Este, por las circunstancias anotadas, "ejercía notoria influencia en el ánimo de Angel Mejía, a punto que a pesar de existir el testamento en que designaba como heredera única a la cónyuge de Aguilar, considerándolo ineficaz por tener herederos forzosos el testador, se optó por la aparente compraventa de que trata la escritura 133 de enero de 1954.

8º "El señor Guillermo Aguilar era persona de reducida solvencia económica, que labraba su subsistencia y la de su familia de un módico sueldo devengado como empleado público en este Municipio".

9º Ni antes ni en el momento de otorgarse la escritura número 133 de 21 de enero de 1954, Aguilar pagó a Angel Mejía "la suma de ciento veinte mil pesos ($ 120.000.00) moneda legal, cuantiosa suma que no poseía el señor Aguilar, dados sus escasos recursos económicos".

10. "La escritura número 133 antes citada, fue simplemente una escritura de confianza entre el doctor Clímaco Angel Mejía y el señor Guillermo Aguilar Delgado, y no hubo de parte del primero la intención de transferir el dominio, ni de parte del segundo la de adquirirlo".

11. En el caso de que se hubiera querido disfrazar una donación con una aparente compraventa, por la influencia que Aguilar Delgado ejercía sobre su cuñado, doctor Angel Mejía, dicha donación carece de insinuación y no valdría sino hasta la suma de dos mil pesos.

12. A la cónyuge actora solamente le ha quedado como patrimonio un inmueble situado en Manizales, adquirido por ella, "de escaso producido, con lo cual no puede atender a su congrua subsistencia, por lo que resalta la injusticia de que dicha señora se encuentre en difícil situación económica, a la cual se halla reducida como consecuencia del acto simulado entre familiares".

13. Para mayor injusticia el doctor Angel Mejía, por escritura número 1065, autorizada por el Notario Segundo de Armenia el 13 de junio de 1953, dijo transferirle al mismo Aguilar Delgado 'las mejoras, edificaciones, etc.', que efectuó en el inmueble de su cónyuge, a que se refiere el hecho anterior.

14. El doctor Clímaco Angel falleció en Armenia el 16 de diciembre de 1954.

15. Le sobrevivieron "su esposa, Alicia Botero de Angel, y su señor padre, don Francisco Angel, la primera como cónyuge supérstite, y ambos como únicos herederos forzosos".

El demandado descorrió el traslado oponiéndose a que se hicieran las declaraciones solicitadas, aceptando los hechos primero, tercero y catorce. Respecto de algunos de los demás manifiesta que no le constan, y niega los otros.

El Juzgado dio término a la primera instancia por sentencia de once de agosto de mil novecientos cincuenta y ocho, en la cual, por incompatibilidad y exclusión de las acciones de simulación y nulidad acumuladas, declara probada la excepción perentoria temporal de petición de modo indebido, absuelve al demandado de los cargos, ordena la cancelación del registro de la demanda y condena en costas a la parte actora.

El Tribunal Superior de Pereira resolvió la alzada en que acudió la demandante por fallo de siete de mayo de mil novecientos sesenta, en el cual revoca la de primer grado, y hace las declaraciones primeras subsidiarias, esto es, las referentes a la simulación relativa y consecuenciales.

Motivación de la sentencia de segunda instancia.

Estudia en primer término el interés legítimo o *legitimatio ad causam* que asiste a la deman-

dante Botero de Angel como cónyuge sobreviviente del doctor Angel Mejía.

Para el Tribunal el inmueble que se reclama para la sociedad conyugal disuelta e ilíquida, y para la sucesión del finado Clímaco Angel Mejía, no fue propiedad exclusiva de éste "aunque la inscripción estuviera a su nombre, sino que él formaba parte del haber de la sociedad conyugal".

A esta conclusión llega, como consecuencia de hallar que el contrato acordado entre los hermanos Clímaco y José Olegario Angel por medio de la escritura número 1182, otorgada en la Notaría de Sevilla el 15 de octubre de 1945, fue el de una sociedad que giró bajo la razón social "José y Clímaco Angel Ltda.". De esta manera la escritura número 582, expedida en la Notaría de Sevilla el 9 de agosto de 1950, recoge la liquidación de dicha sociedad, no la partición de una comunidad entre los hermanos Angel Mejía. De esta premisa llega "a la conclusión de que a las voces del artículo 1781 del Código Civil, los derechos del socio Clímaco en la sociedad entraron al haber de la sociedad conyugal y, consecuencialmente, el inmueble en que aquéllos se objetivaron; por lo expuesto no se está en el caso de la proindivisión a que alude el artículo 1785 de la misma obra".

Al demandar la cónyuge sobreviviente para la sucesión del cónyuge muerto, no se puede decir que aun no siendo heredera aquélla, "carezca de la personería del caso, porque se engloban y hasta cierto punto se confunden las dos universalidades". En el presente caso se ha pedido "tanto para la sociedad conyugal disuelta e ilíquida como para la sucesión, porque de aquélla fue parte integrante y en su reclamo le asiste un claro interés jurídico, que de no tener solución favorable implica necesarias repercusiones favorables".

Es cierto que sobre los bienes llevados al matrimonio y sobre los adquiridos durante la sociedad conyugal, cada cónyuge tiene la libre administración y disposición de ellos, pero al disolverse el matrimonio y venir la consecuencial liquidación de la sociedad conyugal, "se considera que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio (art. 1º, Ley 28 de 1932)".

El 18 de octubre de 1948 Alicia Botero de Angel compró un solar situado en Manizales, sobre el cual tiene derecho de gananciales, si por él opta. Pero tratándose de una mujer pobre, como está demostrado con prueba testimonial múltiple, la reintegración al patrimonio común del inmueble *sub judice,* "estimado en trescientos cincuenta mil pesos, es de manifiesta conveniencia económica. Y veremos por qué. En el evento de una porción conyugal, ante la falta de descendientes legítimos dentro del matrimonio y habiendo testado el causante, la señora Botero tendría derecho a una cuarta parte a título de porción conyugal (art. 1236, C. C.), porción que además constituye una asignación forzosa (art. 1226, ibídem).

"El legislador instituyó la porción conyugal para proteger al cónyuge, y por eso le autoriza para escoger entre gananciales y porción conyugal".

Probada la carencia de bienes por la cónyuge para su congrua subsistencia, surge su derecho a la porción conyugal.

Botero de Angel reconoce que el solar que adquirió en Manizales es patrimonio social, pero si se tiene en cuenta el litigio que Aguilar Delgado le sigue por las mejoras levantadas en él y que le vendió el doctor Angel Mejía, es manifiesto que un patrimonio en tales condiciones "está muy afectado en su cuantía".

"Una simple confrontación numérica destaca, en principio, la conveniencia para el cónyuge de la porción conyugal si el inmueble ubicado en Sevilla (Valle) vuelve al seno de la sociedad de donde salió. Y sería entonces una ocasión oportuna y legal para que la cónyuge se acoja a su mejor conveniencia, a las posibilidades que le otorgan los artículos 1234 y ss. del Código Civil".

Copia apartes de una sentencia de la Corte en que contempla la situación de los herederos forzosos perjudicados por actos simulados, lo mismo que "la del cónyuge supérstite que impugna contratos celebrados por el muerto en fraude de los intereses de la sociedad conyugal ilíquida", para los efectos de la admisibilidad de la prueba en calidad de terceros, situación que extiende a cuanto el interés se vincula, "en general a las asignaciones que el testador es obligado a hacer y que se pueden suplir con perjuicio de sus disposiciones".

Transcribe también el paso de otra sentencia en que la Corte expone que siendo la porción conyugal la cuarta parte de bienes de la persona difunta, y que se sucede a título universal cuando se lleva una cuota como tercio, cuarto, quinto, "necesario es concluír que el cónyuge sobreviviente es heredero aquí en cuanto a la porción conyugal".

Considerando que el elemento daño en la acción de simulación consiste también "en cierto peligro de perder un derecho o de no poder uti-

lizar una facultad legal", según doctrina de la Corte, concluye este punto:

"Quiere decir lo consignado, que la señora Botero de Angel está revestida de toda la capacidad legal y jurídica para peticionar sobre la simulación y obtener que el inmueble materia de la controversia, torne a donde el principio legal señala. "Se tiene entonces —si bien ya el Tribunal explicó el criterio para considerar el fundo rural como del haber de la sociedad conyugal— que por cualesquiera de los aspectos contemplados, a la cónyuge supérstite le asiste personería para demandar".

Sobre la acumulación de acciones, rectifica el criterio del Juzgado que se inhibió de fallar declarando la excepción perentoria temporal de petición de modo indebido, en razón de haber considerado como principales las acciones de simulación y de nulidad, toda vez que la primera tiene en la demanda el carácter de principal, y la segunda de subsidiaria. "Considerar que ambas tienen el carácter de principales, es ir contra el texto claro de lo solicitado en la parte petitoria de la demanda y es confundir el significado propio de los vocablos". Cita una doctrina de la Corte, según la cual no hay acumulación indebida de estas acciones; otra en que consideró lo mismo respecto de la nulidad por ilicitud del objeto, la de simulación, y la de rescisión por lesión enorme, y una tercera en que se enuncia el principio de que la indebida acumulación no puede ir más allá de las subsidiarias estando correctamente propuestas las principales.

Respaldado en estas doctrinas, concluye que "tratándose de un caso similiar, no habría lugar a considerar las subsidiarias sino en el evento de no encontrarse demostrada la principal, y que como el poder señala taxativamente la acción que debe instaurar el mandatario y, por otra parte, el Tribunal estima que sin superar esa limitación está en condiciones de proferir fallo de instancia, sobra toda disquisición sobre aspectos que rebasaron ese apoderamiento".

En cuanto al fondo del asunto, el fallador encuentra que en la venta del doctor Angel Mejía a Aguilar Delgado hubo la intención de sustraer el inmueble del patrimonio de la sociedad conyugal y consecuencialmente de la sucesión del primero; y que a través del mismo negocio Angel Mejía se propuso beneficiar a su inmediato pariente, Aguilar Delgado, con una donación "disfrazada de compraventa, que es figura que los doctrinantes nominan simulación relativa. Estas consideraciones, como es natural, llevarán al Tribunal a acoger la primera petición subsidiaria consignada en la parte petitoria de la demanda y a desechar como consecuencia la petición principal, que no encuentra establecida".

Previo análisis de doce hechos que considera constitutivos de indicios, infiere: "los indicios anteriores aun cuando no son necesarios sí forman plena prueba de la simulación relativa, ya que son graves, precisos, conexos, en número plural, y concurren todos a demostrar, sin lugar a duda, la presencia de una donación disfrazada de venta. De acuerdo, pues, con el artículo 665 del Código Judicial la conclusión está claramente establecida".

Se resuelve el recurso de casación con que el demandado Aguilar Delgado impugnó el fallo del Tribunal.

Demanda de casación.

Formula el recurso "por los siguientes motivos: en que la mencionada sentencia contraría la ley sustantiva por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea, por equivocada apreciación de las pruebas, incurriendo a veces el fallador en error *in procedendo* y otras en error *in judicando,* o bien en error de hecho o de derecho, dando lugar al recurso al tenor del artículo 520 del Código Judicial".

Puntualiza los cargos en parágrafos separados así:

I

"Señalo como violados los artículos 225, 209 y 448 del Código Judicial, y los artículos 20 a 24 de la Ley 45 de 1936 y 1781 del Código Civil".

El poder conferido por Alicia Botero viuda de Angel a su representante en este litigio fue textualmente, con el fin de que "inicie juicio ordinario para obtener la declaratoria de que es simulado el contrato", materia del presente proceso. Careció, por tanto, de personería para instaurar las acciones acumuladas de simulación relativa, nulidad absoluta y nulidad relativa. Así se produjeron "las excepciones de ilegitimidad de personería y la de petición de modo indebido que causan la nulidad en todos los juicios al tenor del artículo 448 del Código Judicial, el que ha sido en esta forma violado por la sentencia recurrida, incurriendo el honorable Tribunal en un clásico error *in procedendo* que anula el juicio en su base misma, puesto que no se ha producido la relación jurídico-procesal, o sea la litis contestatio".

Las acciones de nulidad absoluta y la de simulación no son acumulables, "ya que nunca la una es consecuencia de la otra, sino antagónicas". Y el apoderado de la demandante no podía invocar la nulidad absoluta, porque carecía de facultades, según quedó visto. Este error inicial de la demanda "hirió el proceso desde su base bajo el peso de las excepciones de ilegitimidad de personería y petición de modo indebido al tenor del artículo 448 del Código Judicial".

Cita una sentencia de casación de 19 de agosto de 1940, en la cual la Corte considera que no cabe la acumulación simultánea de la acción de nulidad absoluta proveniente de la incapacidad por demencia de uno de los contratantes y la de simulación, porque hay una incompatibilidad jurídica esencial entre las dos; otra de 23 de septiembre de 1938, en que expone lo mismo respecto de la demanda simultánea de la resolución y el cumplimiento de un contrato.

Añade que también hubo violación directa del artículo 448 del Código Judicial y aplicación indebida de los artículos 20 a 24 de la Ley 45 de 1936, porque de acuerdo con estas disposiciones, cuando otorgó poder para este litigio, Alicia Botero de Angel carecía de la calidad de heredera del doctor Angel Mejía, y, por lo tanto, no podía demandar para la sucesión.

Ella era socia como esposa legítima del cónyuge muerto, y hubiera sido heredera al momento de la delación de la herencia si hubiera concurrido en sucesión ab intestato con el ascendiente del marido. "Pero no ocurrió así, se trataba solamente de una socia y no de una heredera, porque la sucesión era testada y concurría con ascendiente".

Si al otorgar el poder hubiere optado por la porción conyugal renunciando a los gananciales, sí se cumplirían los "dos requisitos que le darían al concurrir conjuntamente el carácter de heredera y de representante de la sucesión, pudiendo otorgar poder para reclamar para la misma sucesión".

Tampoco podía otorgar válidamente poder para que se demandara para la sociedad conyugal el bien, objeto de la controversia, "porque dicho bien, como vamos a verlo, era de propiedad exclusiva del doctor Clímaco Angel, en ningún caso tiene la calidad de bien social".

Se considera:

El cargo lo formula por tres aspectos, a saber:

El primero en cuanto teniendo el procurador de la demandante poder solamente para iniciar el juicio encaminado a obtener la declaración de simulación del contrato *sub lite,* al acumular súplicas sobre simulación relativa, nulidad absoluta y nulidad relativa del mismo acto, se incurrió en nulidad en todo lo actuado de acuerdo con el artículo 448 del Código Judicial, dado que no tenía personería para la acumulación de las acciones subsidiarias. El segundo, porque, siendo antagónicas las acciones de nulidad absoluta y de simulación, no son acumulables, además el apoderado de la demandante carecía de facultades para invocar la primera de ellas. Por este error, al tenor del artículo 448 del Código Judicial, el juicio cae por las excepciones de ilegitimidad de la personería y petición de modo indebido. Y el tercero, en razón de que la demandante, no teniendo la calidad de heredera del doctor Angel Mejía cuando otorgó el poder, no podía demandar para la sucesión de éste y tampoco podía conferir poder para que se demandara el bien objeto del litigio, para la sociedad conyugal, porque tal bien era propio del cónyuge muerto y no social. Así el sentenciador violó directamente el artículo 448 del Código Judicial y aplicó indebidamente los artículos 20 a 24 de la Ley 45 de 1936.

La nulidad que puede afectar un juicio por las causales estatuídas en el artículo 448 del Código Judicial, no puede invocarse en el recurso extraordinario de casación sino por la causal sexta del artículo 520, ibídem. Aducirla por violación directa, esto es, por el motivo primero, no se aviene con el carácter de extraordinario que tiene la casación, en la cual son de estricta aplicación las normas que lo regulan. La causal sexta establecida para enmendar un error *in procedendo* lleva consigo el estudio de la cuestión de hecho especialmente en lo atañadero a la ilegitimidad de la personería de las partes o de quien figure como su apoderado o representante, y en la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio. La violación directa conduce al examen de las normas que se dicen violadas aceptando la cuestión de hecho como la encontró el fallador de instancia. De otra parte, inmodificable ha sido la doctrina de la Corte en sostener que la nulidad proveniente de falta de citación o emplazamiento o de indebida representación en el proceso solamente puede invocarla la parte en quien concurrieran estas circunstancias, que aquí lo sería la demandante, porque solamente en su favor estaría la acción para pedir la nulidad en vía ordinaria.

Esto en lo que se refiere a los primeros dos aspectos del cargo.

Respecto de la alegación de nulidad proveniente de que la actora Botero de Angel confirió poder diciéndose heredera del causante Angel Mejía, no ha ensayado el impugnante demostrar que tal acto se encuentra comprendido dentro de las causales de nulidad estatuídas por el artículo 448 del Código Judicial, que se cita como violado.

En este aparte de la acusación dice también que los artículos 20 a 24 de la Ley 45 de 1936 fueron violados directamente por aplicación indebida, pero no intenta siquiera indicar las razones o conceptos que demuestren la trasgresión.

La Corte oficiosamente no puede entrar a considerar si un cargo apenas enunciado está fundado o no. El artículo 531 del Código Judicial exige, como requisito de la demanda de casación, que se expongan en forma clara y precisa los fundamentos de cada causal, indicando los textos legales que se estimen infringidos. En el fallo no se habla siquiera de la concurrencia de la cónyuge con los hijos naturales, o con los hermanos legítimos del causante, menos de la sucesión de un hijo natural, ni de las legítimas o mejoras, ni de la parte de libre disposición de que, en su orden, tratan las disposiciones citadas. El fallo se ocupó de la porción conyugal a que puede tener derecho la demandante, la cual está gobernada por preceptos diferentes.

Finalmente, la indebida acumulación de las acciones instauradas en la demanda, en el evento de existir, implicaría trasgresión del artículo 209 del Código Judicial, que regula dicho fenómeno procesal, pero no del 448, ibídem, citado por el acusador.

La primera acusación no prospera.

II

Se relaciona con el parágrafo cuarto de la sentencia en que se resuelve que el inmueble objeto de la simulación pertenece a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida formada por el doctor Clímaco Angel (hoy sucesión) y Alicia Botero.

Estima la demanda de casación que ha habido violación de los artículos 1785, 1792 y 1826 del Código Civil, por "violación directa, interpretación errónea y aplicación indebida".

Acepta la historia del bien, hecha en la sentencia, que se resume así: El doctor Angel Mejía adquirió de Marco A. Vargas Cifuentes, por escritura número 1125 de 15 de septiembre de 1943, Notaría de Sevilla, el terreno denominado "Verdún"; por escritura número 1182 de 15 de octubre de 1945, el doctor Angel Mejía fundó una sociedad con su hermano José Olegario Angel Mejía, a la cual aportó la finca "Verdún"; Clímaco Angel Mejía contrajo matrimonio con la demandante el 5 de junio de 1944; dentro de la sociedad conyugal nacida de este matrimonio, mediante instrumento número 582 de 2 de agosto de 1950, se disolvió y liquidó la sociedad formada por los hermanos Angel Mejía, adjudicándole al doctor Clímaco Angel el inmueble denominado "El Paraíso".

El hecho de que la liquidación de la sociedad formada por los hemanos Angel Mejía se haya llevado a término existente la sociedad conyugal Angel Mejía-Botero, no da derecho alguno a la sociedad conyugal en tal inmueble, "pues dicha sociedad no hizo desembolso de su parte, ni adquirió contra obligación ninguna relacionada con él, ni tuvo participación alguna en el equivalente económico que como prestación ha debido salir de la sociedad para ser compensado con el bien. Sin la menor duda se trata de un bien de propiedad exclusiva del doctor Clímaco Angel, y al ordenar la sentencia recurrida que regrese ese inmueble a la sociedad ha violado en forma flagrante por aplicación indebida el artículo 1781 del Código Civil y las demás disposiciones concordantes que establecen las reglas relativas al haber de la sociedad conyugal".

No debe olvidarse que "al tenor de la Ley 28 de 1932 la sociedad conyugal no existe realmente", y que es "una simple ficción para efectuar la liquidación de las cuotas gananciales". Quizá podría pretenderse que la sociedad tuviera un crédito motivado en las mejoras que se hubieran efectuado en el inmueble durante la existencia del matrimonio Angel Mejía-Botero, pero tal crédito es completamente extraño a la propiedad del inmueble que es exclusiva del doctor Angel Mejía "quien tenía pleno derecho para disponer de él como lo hizo".

A la observación de que, no siendo social el bien demandado, no tenía personería para reclamarlo para la sociedad conyugal, agrega la de que tampoco podía demandarlo para la sucesión del doctor Angel Mejía, porque no tenía calidad de heredera.

Se considera:

Los artículos 180 y 1805 del Código Civil daban exclusivamente al marido la libre administración de los bienes sociales y de los de la mujer, con las obligaciones impuestas en el Título XXII, Libro IV de dicho Código.

El artículo 1º de la Ley 28 de 1932 estableció el nuevo régimen de bienes en el matrimonio

consistente en que dio a cada cónyuge "la libre administración y disposición, tanto de las cosas que le pertenezcan al momento de contraer matrimonio o que hubiere aportado a él, como de las demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiera". Sin embargo, siguió vigente el artículo 1781 del Código Civil, como lo ha declarado reiteradamente la Corte, que señala los bienes que entran a formar el patrimonio o haber de la sociedad conyugal.

Así por mandato del ordinal 5º del citado precepto, entran al activo social los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio a título oneroso.

Existente la sociedad conyugal del doctor Clímaco Angel Mejía con la actora Alicia Botero de Angel, por consecuencia del matrimonio que celebraron el 5 de julio de 1944, aquél formó con su hermano José Olegario Angel la sociedad de responsabilidad limitada "José y Clímaco Angel Ltda.", a la cual aportó el inmueble denominado "Verdún", en los términos de la escritura número 1182, autorizada por el Notario de Sevilla el 15 de octubre de 1945. Por virtud de la constitución de esta sociedad, el cónyuge Angel Mejía adquirió el interés social equivalente al valor de su aporte a la sociedad. Este interés, habido a título oneroso, entró a la sociedad conyugal, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1781, ordinal 5º del Código Civil. Liquidada la sociedad "José, Clímaco Angel Ltda.", mediante la escritura pública número 582, extendida el 9 de agosto de 1950, el inmueble "El Ocaso" adjudicado al socio Clímaco Angel Mejía en pago de su derecho en aquella sociedad, entró también al haber social conforme a los términos del citado artículo 1781, ordinal 5º del Código Civil.

En consecuencia, declarada la simulación relativa que se disfrazó con la venta que del mismo inmueble hizo el doctor Angel Mejía a su cuñado Guillermo Aguilar Delgado, manifiesto es el interés y personería que asiste a la cónyuge supérstite para que se restituya a la sociedad conyugal disuelta, a fin de proceder a la liquidación de la misma, la cual se considera que ha existido desde la celebración del matrimonio hasta su disolución, por muerte del doctor Angel Mejía. (Art. 1º, Ley 28 de 1952).

El cargo debe rechazarse.

III

En la tercera censura dice el recurrente que la sentencia "ha incurrido igualmente en error de hecho que la hace casable al tenor del parágrafo 1º del artículo 520 del Código Judicial".

Limita la acusación "al análisis del dictamen pericial efectuado para la identificación del bien materia de la controversia, prueba ésta que carece del valor legal que le ha asignado el Tribunal en su sentencia incurriendo así en notorio error de hecho que hace casable la sentencia".

Sustenta la proposición del cargo transcribiendo parágrafos del alegato de bien probado ante el Tribunal en el cual la parte demandada hace las siguientes observaciones a la prueba de inspección ocular y pericial practicada por el Juez Municipal de Sevilla el 23 de julio de mil novecientos cincuenta y tres: El despacho al Juez comisionado se hizo por medio de la parte demandada, no por correo ordinario; no existe constancia de que se hubiera remitido por este conducto. El despacho llegó a la Secretaría del Juzgado el 6 de junio, y el mismo día aparece un auto no notificado por el que se subcomisiona al Inspector de Barragán. En auto de 22 de julio se dispone que el propio Juez comisionado practique la diligencia, y se señala el día siguiente para efectuarla, sin que hubiera notificación ni ejecutoria. La parte demandada y su perito no asistieron a la diligencia por falta de publicidad. La prueba se practicó faltando a los principios que rigen su aducción. En efecto, el auto por el cual se señaló fecha para la inspección era de notificación y susceptible de que se interpusiera reposición de él, para que se señalara una fecha adecuada que permitiera la asistencia de ambas partes y sus peritos. Considera que no se dio aplicación al artículo 725 del Código Judicial, razón por la cual la prueba no puede ser apreciada.

Y prosigue el recurrente: "Siendo evidentes las objeciones a la prueba tachada, no queda duda de que al tomarla el honorable Tribunal como legal para dictar su sentencia, incurrió en manifiesto error de hecho, lo que hace la sentencia casable al tenor de lo establecido en el artículo 520 del Código Judicial".

Considera la Corte:

Entre el error de hecho y el de derecho como motivos de casación hay una diferencia fundamental. Mientras que por el primero el fallador deja de apreciar un medio existente en los autos demostrativo de hechos cardinales en la cuestión *sub lite*, o admite hechos que no tienen respaldo alguno probatorio, el de derecho toca solamente con la valoración de la prueba en cuanto el Juez le da el mérito no consagrado por la ley, o le desconoce el que esta le asigna, o estima en

su valor legal medios producidos en disconformidad con los ritos procesales. El último sería el caso aquí contemplado, como se deduce de las observaciones hechas por el recurrente. Esto demuestra que el error invocado sería no de hecho sino de derecho, sin que pueda considerarlo la Corte en la segunda modalidad, dado que el acusador expresamente lo alega como error manifiesto de hecho.

Tampoco puede prosperar esta censura.

En mérito de lo hasta aquí expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de siete de mayo de mil novecientos sesenta, pronunciada por el Tribunal Superior de Pereira en el juicio ordinario seguido por Alicia Botero viuda de Angel Mejía, como representante de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida que tuvo con su finado cónyuge, el doctor Clímaco Angel Mejía, contra Guillermo Aguilar Delgado.

Sin costas en el recurso por no aparecer causadas.

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

Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

PRESCRIPCION AGRARIA

Su naturaleza económico-jurídica. — La inspección ocular como prueba de la identidad en la acción reivindicatoria.

1. Si además de la titularidad del actor sobre cosa reivindicable poseída por el demandado, exige la estructura de la acción de dominio la identidad del objeto perseguido con el que se encuentra en poder del poseedor, esta última condición no va más allá de lo razonable, en conformidad con las circunstancias peculiares del hecho que se examina.

Porque cuando se trata de comprobar si un predio está enclavado en otro de mayor superficie, por lo común no es indispensable verificar sobre el terreno todos y cada uno de los pormenores de las lindes de la heredad continente, sino apenas las que sean bastantes para objetivar la heredad contenida, cuyos límites a su vez pueden ser generales, siempre que tengan claridad suficiente para establecer en el proceso que como predio menor se halla en efecto dentro del predio de mayor cabida.

Al esclarecimiento de que se trata es prueba muy adecuada la inspección ocular con asistencia de peritos. Y si lo visto por el Juez se corrobora por el dictamen de los expertos, en cuanto al hecho destacado, notorio e indudable, de que el fundo perseguido se encuentra dentro de los límites de la heredad mayor, no es posible cerrar los ojos ante la identidad de lo demandado con lo poseído, y con razón más clara todavía si el reo, en lugar de contradecir su carácter de poseedor del mismo objeto perseguido, lo subraya y acentúa como excepcionante por prescripción agraria de cinco años.

2. El demandado opuso la prescripción agraria de cinco años, que el artículo 12 de la Ley 200 de 1936 respalda y organiza para enervar la acción reivindicatoria en favor del trabajo honesto aplicado al incremento de la economía nacional.

Se trata de amparar con la adquisición del dominio el espíritu emprendedor y la buena fe de quien por motivos plausibles cree estar en la explotación racional y económica de tierras baldías, en cuanto el globo general de que forma parte la fundación no tenía cerramientos artificiales u otros signos inequívocos de propiedad particular a tiempo de la toma de posesión, sin que por otra parte el hecho económico, ostensible y pacífico, haya sido interrumpido durante cinco años. Entonces la titularidad dormida en protocolos y registros, cede ante la exigencia funcional del crecimiento e integración de la riqueza pública, para alcanzar los fines de interés general prevalecientes en beneficio del pro común.

Acrecentar riqueza no es ciertamente destruír los recursos naturales, sino antes bien, utilizarlos en forma razonablemente adecuada a satisfacer las necesidades humanas. Es el trabajo racional y constante como apoyo del progreso en todos los tiempos. La prescripción agraria encuentra así el sustento para fundar su imperio al abrigo de la buena fe creadora de riqueza para quien se esfuerza en arrancarla de la tierra con su labor de cada día.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, diez (10) de octubre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez).

A título de dueño de la finca de "San Miguel", Corregimiento de Anaconia, Municipio de Neiva, con cabida de 754 hectáreas y fracción, y por límites que el libelo expresa, Adán Tello

Melgar entabló juicio reivindicatorio contra Nicolás Oyola sobre una parcela de la misma heredad, con este señalamiento: "... linda por el Norte, Sur y Occidente con terrenos de dicha finca de propiedad de Adán Tello Melgar, y por el Oriente con montaña baldía; lote en el cual hay una hectárea de pasto kikuyo, una casita de habitación y el resto en cañeros".

Pidió tratamiento de mala fe para el poseedor, con base en las afirmaciones segunda y tercera, a saber:

"2º Nicolás Oyola, sin tener título alguno sobre la finca mencionada, penetró a ella en 1950, por el lindero oriental, y realizó desmontes en extensión de ocho hectáreas, construyendo una casa de habitación. El lote ocupado está incrustado dentro de la finca y, por consiguiente, linda con las tierras de esta finca por el norte, sur y occidente, y con montañas vírgenes por el oriente, sin salir de las tierras que forman la finca relacionada atrás, y teniendo dentro del lote ocupado una hectárea de pasto kikuyo.

"3º Esta ocupación realizada por Nicolás Oyola ha sido de hecho, sin consentimiento de Adán Tello, propietario de la finca, quien lo ha requerido varias veces para que le restituya tal lote y se abstenga de perturbarlo en la posesión pacífica que él tiene de la finca, ya que Oyola trata de ocupar mayor extensión de la que actualmente posee contra el derecho de dominio que Adán Tello tiene sobre toda la finca".

Oyola contradijo la demanda e invocó la excepción de prescripción agraria de cinco años con fundamento en el artículo 12 de la Ley 200 de 1936.

El trámite de primera instancia concluyó el 4 de mayo de 1961, con pronunciamiento del Juez 1º Civil del Circuito de Neiva, a saber:

"1º Condénase a Nicolás Oyola a restituír, dentro de los seis días siguientes de ejecutoriada esta providencia, a Adán Tello Melgar el lote de terreno que hace parte del globo general de la finca 'San Miguel', sita en el Corregimiento de Anaconia, del Municipio de Neiva, comprendido por los siguientes linderos especiales: 'norte, sur y occidente con terrenos de dicha finca de propiedad también de Adán Tello Melgar, y por el oriente con montañas baldías'. *Exclúyese de la restitución* del lote de terreno así alinderado la porción de suelo explotado económicamente por Nicolás Oyola, compuesto únicamente por lo sembrado de pasto kikuyo y la casa-rancho.

"2º Condénase a Adán Tello Melgar a pagar a Nicolás Oyola las mejoras útiles de que habla la parte motiva de esta providencia, las cuales están dentro del lote de terreno obligado a restituír. Oyola podrá retener la cosa hasta que se verifique el pago.

"3º Condénase a Nicolás Oyola, a quien se reconoce como poseedor de buena fe, al pago de los frutos naturales producidos por la porción de suelo obligado a restituír, a partir de la notificación de la demanda.

"4º Declárase que Nicolás Oyola ha ganado por prescripción adquisitiva el dominio pleno de la porción de terreno compuesta de cultivo de pasto kikuyo y casa-rancho, la cual hace parte en menor extensión del lote de terreno demarcado por los siguientes linderos: 'norte, sur y occidente con terrenos de dicha finca de propiedad también de Adán Tello Melgar, y por el oriente, con montaña baldía'. Lote de terreno que hace parte del globo general de la finca 'San Miguel', sita en el Corregimiento de Anaconia, del Municipio de Neiva.

"5º Inscríbase esta sentencia en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Neiva, en el Libro número 1º.

Costas, por mitad, a cargo de ambas partes".

El segundo grado procesal, abierto por apelación de ambas partes, terminó por fallo del 2 de noviembre de 1961, en que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva "revoca la sentencia recurrida, y en su lugar absuelve de todos los cargos a la parte demandada".

El actor introdujo recurso de casación, y es la oportunidad de resolver.

La sentencia impugnada.

El Tribunal Superior encuentra probado el dominio del reivindicante, y expresa a continuación:

"En el acta de la diligencia de inspección ocular practicada el 3 de mayo de 1960 se lee lo siguiente: 'El señor Juez procedió al reconocimiento de la finca 'San Miguel' por los linderos determinados en el hecho primero de la demanda, reconocimiento que se hizo por aproximación debido a que los mojones y la mayoría de los puntos de referencia hoy no existen por haber desaparecido con el transcurso del tiempo, y de otra parte, la gran extensión de la finca impide un reconocimiento más exacto y que para el caso de autos es innecesario por discutirse únicamente derechos sobre las ocho hectáreas a que se contrae la demanda. Se comprobó que dentro del lindero correspondiente a las siguien-

tes especificaciones: desde 'un punto que se encuentra a 1.900 metros sobre el nivel del mar; de aquí, en línea recta, a donde se encuentra *el filo por donde va el camino a Santa Rosalía* con el filo de *Tuquila,* a 2.400 metros sobre el nivel del mar, donde hay un mojón; *de aquí filo abajo* a donde hay un mojón distante 1.260 metros; de aquí línea recta pasando por la cabecera de los rastrojos de Pío Tovar, a un mojón que se colocó a 170 metros del anterior en el rincón de los desmontes de *Comino,* colindando con montañas del colono Pío Tovar hasta dar con las mejoras de Florentino Tovar, *contiguas a los potreros de 'Filadelfia'* (se deja constancia de que los puntos que se han subrayado con bastardilla fueron reconocidos y determinados), y la quebrada de Caracol, vale decir, dentro de tierras comprendidas por los linderos especificados en la demanda y el certificado adjunto del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, se encontraron cañeros (desmontes y pastos que fueron señalados por el demandante como la posesión de Nicolás Oyola a que se refiere la demanda); también existe una enramada de madera construída por ésta...'. Se anota, además, en la citada acta que Oyola niega al demandante todo derecho en la zona mencionada y que aprecia su posesión en unas cincuenta hectáreas.

"Por su parte, los peritos manifestaron en su dictamen que Oyola ocupa una zona de terreno de la finca 'San Miguel' con mejoras de pasto kikuyo, cañeros y un rancho para habitación, de una superficie aproximada de ocho hectáreas, de las cuales unas tienen pastos y el resto son 'cañeros'; que las zonas ocupadas por el demandado son las mismas a que se refiere el actor en su demanda.

"Tanto los testigos llamados a declarar por petición de la parte actora como los de la parte demandada declaran conocer el lote que desde hace unos diez años viene ocupando Oyola en la finca de 'San Miguel'.

"Demostrado está que las mejoras del demandado están dentro de la finca de 'San Miguel', de propiedad del actor, como ya se observó; pero como es bien sabido, cuando se demanda la reivindicación de un lote que hace parte de otro de mayor extensión, no basta con identificar este último, sino que es preciso determinar por sus linderos el que es objeto de la acción, porque una cosa no se determina diciendo simplemente que está comprendida dentro de otra de mayor superficie.

"El actor ha pedido la reivindicación de una zona de terreno que hace parte de la finca 'San Miguel', zona que según la demanda está delimitada así: norte, sur y occidente, con terrenos de dicha finca de propiedad también de Adán Tello Melgar, y por el oriente con montaña baldía.

"Los peritos principales, al ampliar su primer dictamen, a solicitud del apoderado del actor, dijeron: 'A nuestro entender, tales zonas ocupadas por el demandado son las mismas que figuran en la demanda'.

"A juicio de la Sala, no hay identidad entre el lote que reclama el demandante y el que posee el demandado. La alusión que los peritos hicieron a la alinderación a que se refiere la demanda no identifica con la precisión necesaria el lote que se reivindica.

"La jurisprudencia, como ya se dijo, ha establecido cuatro requisitos insustituíbles para la prosperidad de la acción de dominio, y uno de ellos es la identificación de la cosa materia de la reivindicación. Si este requisito deja de aportarse, la acción está condenada al fracaso porque no se cumple lo previsto en el artículo 946 del Código Civil".

La acusación.

Se invoca la causal 1ª de casación por quebranto indirecto de los artículos 946, 951 y 952 del Código Civil, a consecuencia de "error de hecho, consistente en la no apreciación del valor probatorio (sic) del acta de inspección ocular y de los dictámenes periciales que obran dentro de la secuela del juicio...", dice el recurrente, y en lo sustancial de la censura agrega:

"Si la inspección ocular (fs. 33 v. y 34 del C. 2º) no era suficiente para entender identificado el inmueble por sus lindes actuales, que sí lo es, como habrá de explicarse; si los dictámenes periciales rendidos acordemente por los señores Rogelio Sandoval, Marco A. Cuéllar Cabrera y Eduardo Dussán (fs. 35, 41 y 45, C. 2º), peritos nombrados y debidamente posesionados por el Juez *a quo,* no tenían la fuerza de plena prueba, que sí la tienen, pues reúnen satisfactoriamente los requisitos de que trata el artículo 722 del Código Judicial, ha debido hacerse expresa declaración al respecto, pues que la convicción del Juez en los procesos civiles ordinarios tiene que fundarse en la verdad de los hechos de la demanda y de la respuesta, si unos y otros están establecidos plenamente por cualquiera de los medios probatorios señalados en el Capítulo 1º

del Título XVII del Libro 2º del Código Judicial, conocidos universalmente con el nombre de pruebas. (a. 593, C. J.).

"Y el rechazo *a priori* de un medio de convicción o la pretermisión del mismo son inaceptables. Sólo por los motivos atinentes a extemporaneidad, inconducencia, ineficacia legal, incompletidad o deficiencia intrínseca del valor de convicción, puede desecharse probatoriamente uno cualquiera de los medios a que se hizo referencia.

"Se dijo que la inspección ocular sí demuestra la identificación del inmueble, y esto es evidente, pues la circunstancia de no haber sido hallados los antiguos mojones no es suficiente para descartar la posibilidad de hacer la identificación sobre la base de los rastros de los mismos, establecidos directamente sobre el terreno, o indirectamente por medio de declaraciones de testigos o indagaciones con los vecinos. Lo contrario equivaldría a sostener que cuando, como es lo corriente y ordinario, un punto móvil y susceptible de desaparecer por el transcurso del tiempo, invocado sin ser sometido a las coordenadas geográficas, ni a los puntos cardinales, ni a fenómenos naturales de naturaleza indestructible, constituiría entonces un motivo de imposibilidad para identificar o singularizar".

Y después de otras consideraciones al respecto, concluye:

"Incurrió, por lo tanto, el sentenciador en notorio error de hecho en la apreciación (sic) de las pruebas decisivas del debate, que aparece de modo manifiesto en los autos, al omitir el estudio de las pruebas periciales, lo que condujo a la violación de las disposiciones sustantivas sobre dominio o reivindicación. La inspección ocular, junto con el dictamen de los peritos a que me he referido, establece la exigencia de la acción reivindicatoria sobre la cosa singular reivindicable debidamente identificada. Así, pues, incurrió el Tribunal en evidente error de hecho en la apreciación (sic) de las pruebas legalmente producidas".

Se considera:

1. Si además de la titularidad del actor sobre cosa reivindicable poseída por el demandado, exige la estructura de la acción de dominio la identidad del objeto perseguido con el que se encuentra en poder del poseedor, esta última condición no va más allá de lo razonable, en conformalidad con las circunstancias peculiares del hecho que se examina.

Porque cuando se trata de comprobar si un predio está enclavado en otro de mayor superficie, por lo común no es indispensable verificar sobre el terreno todos y cada uno de los pormenores de las lindes de la heredad continente, sino apenas las que sean bastantes para objetivar la heredad contenida, cuyos límites a su vez pueden ser generales, siempre que tengan claridad suficiente para establecer en el proceso que como predio menor se halla en efecto dentro del predio de mayor cabida.

2. Al esclarecimiento de que se trata es prueba muy adecuada la inspección ocular con asistencia de peritos. Y si lo visto por el Juez se corrobora por el dictamen de los expertos, en cuanto al hecho destacado, notorio e indudable, de que el fundo perseguido se encuentra dentro de los límites de la heredad mayor, no es posible cerrar los ojos ante la identidad de lo demandado con lo poseído, y con razón más clara todavía si el reo, en lugar de contradecir su carácter de poseedor del mismo objeto perseguido, lo subraya y acentúa como excepcionante por prescripción agraria de cinco años.

3. No estuvo, en consecuencia, acertado el entendimiento del sentenciador acerca de que faltara prueba de la identidad del inmueble demandado en el presente juicio, puesto que la simple lectura del acta de inspección ocular y del correspondiente dictamen de peritos permite ver a todas luces que la porción reivindicada forma parte integrante del fundo de "San Miguel", por los linderos de la demanda y de los títulos aducidos por el actor. El hecho de hallarse esa misma parcela en posesión del demandado Nicolás Oyola cuando se hizo el examen judicial en compañía de peritos, y la comprobación de que limita por el norte, el sur y el oeste con tierras del actor, y por el oriente con montañas baldías, sacan avante la indiscutible identidad de lo perseguido con lo que pretende conservar en su poder el poseedor, al par que acreditan la circunstancia visible de existir tierras vírgenes en esos contornos.

Hay así notorio yerro de hecho cuando a pesar de tan palmar claridad, se desconoce el medio demostrativo de aquel extremo integrante de la acción reivindicatoria. No porque con error de derecho se le negara al medio su valor, en contravención de la tarifa legal. Sino porque sin desestimar su mérito en derecho, no se atina de hecho a ver lo que de manifiesto el medio esclarece y significa al ojo y al buen sentido.

4. En principio esto bastaría a la prosperidad de la demanda, desde luego, que por los títulos

del actor, la naturaleza de la cosa perseguida y el poseedor como sujeto pasivo de la litis, estarían reunidas las demás condiciones de la reivindicación. Sin embargo, el demandado opuso la prescripción agraria de cinco años, que el artículo 12 de la Ley 200 de 1936 respalda y organiza para enervar la acción reivindicatoria en favor del trabajo honesto aplicado al incremento de la economía nacional.

5. Se trata de amparar con la adquisición del dominio el espíritu emprendedor y la buena fe de quien por motivos plausibles cree estar en la explotación racional y económica de tierras baldías, en cuanto el globo general de que forma parte la fundación no tenía cerramientos artificiales u otros signos inequívocos de propiedad particular a tiempo de la toma de posesión, sin que por otra parte el hecho económico, ostensible y pacífico, haya sido interrumpido durante cinco años. Entonces la titularidad dormida en protocolos y registros cede ante la exigencia funcional del crecimiento e integración de la riqueza pública, para alcanzar los fines de interés general prevalecientes en beneficio del procomún.

6. Acrecentar riqueza no es ciertamente destruír los recursos naturales, sino antes bien utilizarlos en forma razonablemente adecuada a satisfacer las necesidades humanas. Es el trabajo racional y constante como apoyo del progreso en todos los tiempos. La prescripción agraria encuentra así el sustento para fundar su imperio al abrigo de la buena fe creadora de riqueza para quien se esfuerza en arrancarla de la tierra con su labor de cada día.

7. Si los hechos ventilados en el proceso acreditan la existencia de tierras baldías precisamente en el límite oriental de "San Miguel", cuyo título originario de 1916 consiste en la adjudicación de esa clase de tierras; si tal circunstancia se comprobó por el Juez y peritos que ocularmente inspeccionaron el inmueble, sin encontrar huella, señal o rastro alguno para inferir que existieran manifestaciones inequívocas de dominio privado a tiempo de la ocupación por Oyola; si aun los testigos aducidos por el actor concuerdan entre sí y con los del demandado en cuanto al hecho posesorio de este último con antelación de diez años o más a la fecha de la demanda que abrió el presente juicio; y si el mismo actor en su título de compra (escritura pública 559 del 6 de junio de 1957, Notaría 2ª de Neiva), dejó expresamente en paz y a salvo la responsabilidad de su vendedor, por cuanto a las tierras del fundo de "San Miguel" colonizadas por terceras personas, nada impide admitir la buena fe de Oyola como ocupante y actual poseedor de la parcela demandada. Pero sólo hasta donde aparece incorporado el trabajo del hombre a la tierra, esto es, con respecto a la casa y el suelo sembrado de pasto kikúyo, todo con extensión, según los peritos, de dos hectáreas aproximadamente, y como lo entendió el juzgador de primera instancia.

El excedente deberá ser restituído al actor, sin que de plano pueda considerarse como mejora indemnizable, lo que en el argot de la región se entiende por *cañeros,* porque si en general podría estimarse en dinero el valor del desmonte, no siempre, sin embargo, la apertura de bosques naturales incrementa el valor venal de los bienes.

8. Pero en todo caso basta saber que el demandado ganó por prescripción agraria de cinco años el dominio de la parte económicamente explotada, con casa y pasto, y que en la porción restante, de que resulta vencido, ha de llevar el tratamiento de buena fe en materia de prestaciones mutuas derivadas de la reivindicación en conformidad con la ley, las que son regulables por el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial.

En la medida que viene expuesta es fundada la censura, y por las consideraciones que anteceden se motiva el fallo de reemplazo.

RESOLUCION:

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia de fecha 2 de noviembre de 1961, proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, y reforma la de primera instancia pronunciada el 4 de mayo del mismo año de 1961 por el Juez 1º Civil del Circuito de aquella ciudad, para que obre en estos términos:

1º Dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del auto de obedecimiento, Nicolás Oyola queda condenado a restituír a Adán Tello Melgar una porción de tierra enclavada dentro de los límites generales descritos en la demanda inicial para el predio de "San Miguel", Corregimiento de Anaconia, Municipio de Neiva, porción de tierra que linda por el norte, el sur y el occidente con la propia finca de "San Miguel", y por el oriente con montaña baldía.

Está expresamente excluído de la restitución el terreno sembrado de pasto kikuyo, junto con la casa-rancho y el suelo donde se levanta, parcela

así formada que mide dos hectáreas, aproximadamente, y sobre la que se declara que Nicolás Oyola tiene adquirido el dominio por prescripción agraria de cinco años, en conformidad con el artículo 12 de la Ley 200 de 1936.

2º Para efectos de las prestaciones mutuas, según la ley, derivadas de la restitución en la medida que se decreta, el demandado Oyola recibirá el tratamiento de los poseedores de buena fe, y se liquidarán por el trámite que preceptúa el artículo 553 del Código Judicial.

3º Inscríbase este fallo en el registro competente.

4º La mitad de las costas de primera instancia a cargo del demandado. Sin costas en segunda instancia ni en casación.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial*, y vuelva el proceso al Tribunal de su origen.

Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez R., Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada, José Hernández Arbeláez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

RIESGO

La Corte descartó de su doctrina la teoría del "riesgo creado".

En alguna oportunidad la Corte aceptó la teoría del "riesgo creado", pero posteriormente la desechó. Así lo ha dicho en sentencia de 30 de junio de 1962, en el juicio de Reinaldo Tinjacá y otro contra el Municipio de Bogotá, D. E., cuando afirma:

"La Corte tiene descartada la teoría del 'riesgo creado', como forma de solución de los conflictos tocantes a la responsabilidad originada en actividades peligrosas, como dan testimonio los fallos de diciembre 9 de 1936 (XLIV, 1918, 412), noviembre 18 de 1940 (L, 1964, 439), febrero 14 de 1941 (L, 1966, 739), mayo 30 de 1941 (LI, 1973, 527), abril 20 de 1944 (LVII, 2006 a 2009, 148) y abril 30 de 1947 (LXII, 2048, 338)".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, once de octubre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Enrique Coral Velasco).

1º El día 3 de junio de 1957, a las ocho de la noche, más o menos, salió de Cartago (Valle), rumbo a Ansermanuevo (Valle), Pedro Pablo Martínez Villamil, para lo cual ocupó el automóvil de servicio público distinguido con la placa número V-47761, conducido por Guillermo Gutiérrez. El viaje se desarrollaba normalmente cuando frente al Corregimiento de Santa Ana apareció, en dirección contraria, el camión distinguido con la placa número V-73078, modelo 1950, marca Ford, conducido por Medardo Ospina Echeverri, produciéndose un choque entre los dos vehículos, por cuya consecuencia perdió el brazo izquierdo y tuvo sesenta días de incapacidad Pedro Pablo Martínez Villamil, pasajero del automóvil. Estos hechos originaron investigación penal que terminó con la condena del conductor del camión y el sobreseimiento definitivo para el chofer del automóvil.

Dueño del camión manejado por Medardo Ospina Echeverri, en la época del suceso referido, era el señor Martín Castrillón R., por cuya cuenta se transportaba en el vehículo la cantidad de cien bultos de café de la población de Argelia a la ciudad de Cartago.

En el fallo proferido por la justicia penal, de fecha 12 de febrero de 1958, confirmado por el Tribunal, se condenó al pago de los perjuicios sufridos por la víctima del accidente, pago que no se ha hecho efectivo por el autor material de ellos; por eso, Pedro Pablo Martínez Villamil inició este juicio ordinario contra Martín Castrillón R., dueño del camión, a fin de obtener las indemnizaciones respectivas provenientes de los perjuicios materiales y morales por la disminución de su capacidad de trabajo y por la pérdida del brazo izquierdo, como también la condenación en costas.

Lo antes relacionado conforma, en síntesis, hechos y peticiones de la demanda que, corrida en traslado, no fue contestada por la parte demandada.

2º La sentencia de primera instancia fue favorable al actor. El demandado se alzó de ella, y el Tribunal conoció en segunda instancia, con el resultado de confirmar la de primer grado. El recurso de casación fue interpuesto por Martín Castrillón R., parte vencida en las dos instancias.

3º Dos problemas, que a su vez fueron planteados por los litigantes, determinaron los fundamentos del fallo del Tribunal: "uno de fondo relacionado con la presunción de culpabilidad en los hechos realizados dentro de lo previsto por los artículos 2347 y ss. del Código Civil; y uno de forma o de procedimiento relacionado con el

traslado de la prueba de un proceso penal a un juicio civil''.

Con relación al primero, el Tribunal se concreta a reproducir la sentencia de la Sala de Negocios Generales de la Corte, de fecha 21 de agosto de 1959. (G. J. Nos. 2215-2216, T. XCI, págs. 646 y ss.).

Antes de esa transcripción asienta el fallador que la Corte, ''desde hace años acogió la teoría del 'riesgo creado', y en sucesivos fallos viene ratificándola''. Atribuye a la sentencia citada corroboración de tal criterio, confundiendo la presunción de culpa con el riesgo creado.

4º En lo atinente al traslado de la prueba y su admisibilidad en el nuevo proceso, la acepta; tiene los hechos de este juicio civil como juzgados ya ante la justicia penal; y cosa juzgada las sentencias en ese proceso dictadas, según el artículo 29 del Código de Procedimiento Penal que dispone: ''Cuando el sindicado haya sido condenado en el juicio penal como responsable de la infracción, no podrá ponerse en duda en el juicio civil la existencia del hecho que la constituye ni la responsabilidad del condenado''. Acepta el traslado de la declaración rendida por Martín Castrillón R. en aquel juicio, encuentra en ella la relación de dependencia entre Medardo Ospina Echeverri y Castrillón, y concluye de este modo:

''Probado el vínculo de dependencia del responsable del accidente de tránsito que causó los perjuicios morales y materiales al demandante Pedro Pablo Martínez Villamil, para desvirtuar la presunción de culpa que según la doctrina de la Corte Suprema ya transcrita, existe en casos como el presente, al demandado correspondía acreditar que el accidente ocurrió por imprudencia exclusiva de la víctima, o por fuerza mayor o por intervención de un elemento extraño, pues al decir de la Corte, '... la prueba de la propia conducta diligente no es ya motivo eximente de responsabilidad por el hecho ajeno....', y ni siquiera esa conducta diligente para destruír la presunción de culpa consagrada en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, según su antigua interpretación, ha sido probada por el demandado''.

5º Señala el recurrente como causal de casación, la primera de las enunciadas por el artículo 520 del Código Judicial: violación de la ley sustantiva por aplicación indebida. Considera transgredido el artículo 2349 del Código Civil, y sobre el particular dice:

''Nos encontramos ante un caso de aplicación indebida de la ley, por haberse tenido como probado un hecho alegado como básico, sin que tuviera ocurrencia. Concretamente, se ha aceptado tanto por los falladores de primera como de segunda instancia la existencia de un vínculo de dependencia entre Medardo Ospina Echeverri, conductor del camión de placas número V-73078, y su propietario, señor Martín Castrillón R., sin ser esta la realidad procesal''.

Para el recurrente el error que motivó la indebida aplicación del artículo 2349 del Código Civil, se encuentra en que el Tribunal tuvo por demostrada la relación de dependencia entre Martín Castrillón R., dueño del camión, y Medardo Ospina Echeverri, conductor de éste, con la declaración de Castrillón, en la cual no afirma que Ospina Echeverri fuera empleado suyo el 3 de junio de 1957. Dice, asimismo, el libelo de casación, que el vínculo de dependencia entre el dueño del camión y el conductor debió probarlo el actor del juicio, mediante declaraciones de testigos, ''o mediante la confesión explícita del conductor'' o del propietario del camión.

Se considera:

6º La declaración de Martín Castrillón R., rendida en el juicio penal que se adelantó contra Medardo Ospina Echeverri, y trasladada al presente proceso, es suficiente para establecer la relación de dependencia de éste con aquél, pues Castrillón afirma ser suyo el camión y el café que se transportaba el día del accidente. De manera que sí reconoce Castrillón, contra lo que sostiene el recurrente, que el día del insuceso el conductor del vehículo era su dependiente

''La carga que transportaba el citado Medardo Ospina Echeverri el día del accidente —dice la declaración— era cien (100) bultos de café, los cuales traía de la población de Argelia (Valle) para entregar en esta ciudad de Cartago, tanto el café como el vehículo en que se transportaban eran de mi exclusiva propiedad''.

''Para responder a otra pregunta, dijo el recurrente:

''El señor Medardo Ospina Echeverri no alcanzó a trabajar conmigo ni siquiera durante un mes. El devengaba un sueldo de doscientos cincuenta pesos mensuales ($ 250.00), como chofer del camión de mi propiedad''.

No puede negarse claridad suficiente a la declaración copiada, para demostrar la relación de dependencia entre el dueño del camión y el conductor de éste, que en tal afirmación encontró el Tribunal. La objetividad de esa aseveración pone de manifiesto tanto el acierto del fallador

al darle el mérito respectivo como la sinrazón del recurrente al afirmar que con ella no se prueba la mentada relación.

Más aún, como el demandado admitió ser dueño del vehículo, a él le correspondía demostrar que no autorizó el viaje el día del accidente, si pretendía exonerarse de responsabilidad, o presentar pruebas adecuadas para desvirtuar la presunción de culpa.

7º Asevera el Tribunal que la Corte tiene admitida la teoría del "riesgo creado", y sostiene que sobre esto "existe jurisprudencia uniforme". En alguna oportunidad esta entidad aceptó dicha teoría, mas la ha desechado. Así lo ha dicho en sentencia de 30 de junio de 1962, en el juicio de Reinaldo Tinjacá y otro, contra el Municipio de Bogotá, D. E., aún no publicada en la *Gaceta Judicial,* cuando afirma:

"La Corte tiene descartada la teoría del 'riesgo creado', como forma de solución de los conflictos tocantes a la responsabilidad originada en actividades peligrosas, como dan testimonio los fallos de diciembre 9 de 1936 (XLIV, 1918, 412), noviembre 18 de 1940 (L, 1964, 439), febrero 14 de 1941 (L, 1966, 739), mayo 30 de 1941 (LI, 1973, 527), abril 20 de 1944 (LVII, 2006 a 2009, 148) y abril 30 de 1947 (LXII, 2048, 338)".

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia del Tribunal Superior de Buga, de fecha veintisiete (27) de junio de mil novecientos sesenta (1960), proferida en el juicio ordinario de Pedro Pablo Martínez contra Martín Castrillón R., sobre indemnización de perjuicios.

Sin costas en el recurso porque no se causaron.

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

Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava; Arturo C. Posada.

El Secretario, *Ricardo Ramírez L.*

ACTOS ADMINISTRATIVOS

Fuero de las acciones a que éstos pueden dar lugar. — Nulidades. — Incompetencia de jurisdicción. — Caso del ejercicio de varias acciones. — Causal 2ª de casación. — Mínima petita. — Contratos administrativos. — Formalidades especiales requeridas para su validez. Bienes municipales. — Condiciones necesarias para la enajenación de éstos.

1. Constituyendo acto administrativo la declaración de voluntad emitida por un sujeto de la Administración Pública, en ejercicio de una potestad administrativa, no cabe discutir que la resolución dictada por un Alcalde Municipal que lastime intereses privados, es un típico acto de esta categoría, y que, en consecuencia, ese acto en sí mismo y la situación por él creada, sometidos quedan al tratamiento jurisdiccional especial estatuído por la Ley 167 de 1941. Esto es que el restablecimiento del derecho particular que por el propio acto administrativo haya sido lesionado, o sea la reparación de los perjuicios que hubieren podido resultar del proceder de la administración fundado en tal acto, debe deducirse en juicio, no ante los Jueces ordinarios, sino en la esfera de la jurisdicción contencioso-administrativa, por ser ésta a la que los artículos 62 a 66 de la Ley 167 asignan la potestad de anular los actos administrativos y a la que el artículo 67 del mismo estatuto, como norma en lo contencioso de plena jurisdicción, atribuye el fuero de las acciones para obtener el restablecimiento de los derechos particulares vulnerados por los actos de tal especie.

2. La incompetencia de jurisdicción respecto de una de las varias acciones que se acumulen en una demanda, no genera la nulidad de toda ésta, si el Juez o Tribunal la tiene para el conocimiento de las demás (22 abril y 31 mayo 1954, LXXVII, 2141, págs. 723, ss. y 729, ss.).

3. Para que en un fallo exista la incongruencia por el aspecto de mínima petita en relación con la demanda, es preciso que por el juzgador se haya dejado de decidir sobre puntos contenidos en ésta, de modo que la relación procesal subsista trabada en lo no resuelto.

Pero aquí el planteamiento del cargo, por sus propios términos, está demostrando que no hay lugar a la imputación de inconsonancia. Porque, si el sentenciador, como lo dice la censura, "negó la condenación impetrada", quiere ello decir que en esa forma adversa se pronunció a fondo sobre la súplica correspondiente.

Lo que significa que una decisión negativa que se suponga violatoria del derecho sustancial, no es susceptible de ataque en casación, en la órbita de la causal segunda, sino que debe serlo en razón de la causal primera, que es el campo rigurosamente destinado por la ley a este fin, y con el lleno de los requisitos de orden técnico por la misma imperados.

4. Las formalidades especiales imperadas por el legislador para los contratos que celebra la Administración, están ordenadas en razón del interés general, es decir, son de orden público, lo que hace que la pretermisión de ellas ocasione la nulidad plena de tales actos (art. 1741, C. Civ.), a menos que por la misma ley se disponga otra cosa.

En este sentido, los requisitos exigidos por el artículo 204 del Código de Régimen Político y Municipal, para "toda venta voluntaria de una finca del común", tales como avalúo judicial, anuncio previo en el periódico oficial del Departamento y remate en la cabecera del Municipio en que exista la finca, son formalidades indispensables para la validez de tales ventas.

Mas ocurre en esta suerte de negocios, que ellos son de formación compleja, constituída por una serie o concurrencia de formalidades, cada una de las cuales tiene su entidad y molde pro-

pios, aunque exista entre ellas una interdependencia necesaria.

Así, si la subasta ordenada por el citado artículo 204, en interés del fisco municipal, se ha cerrado de conformidad con lo dispuesto en el mismo precepto, implica ello una etapa en sí misma completa, que indica a qué persona y por qué precio ha de hacerse la venta, a cuyo perfeccionamiento se procede mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública como instrumento ad solemnitatem **en la celebración de las ventas de inmuebles.**

Quiere, pues, decir que si las exigencias relativas a la subasta administrativa preliminar se han cumplido en las condiciones exigidas por el precepto en referencia, de lo cual queda el testimonio auténtico en los archivos públicos, no puede concluírse, como lo hizo el Tribunal, que la simple falta de incorporación de los comprobantes de estas actuaciones a la escritura pública por la cual se perfecciona la venta al mejor postor, implique omisión de solemnidades, como que no se encuentra norma alguna que consagre en este sentido semejante exigencia.

5. Conforme al artículo 197 de la Carta Fundamental, es el Concejo la entidad ordenadora de lo concerniente a la Administración Municipal; por lo que resulta obvio que de los bienes que integran el patrimonio de un Municipio no se pueda disponer sino por autorización del Concejo y en las condiciones al efecto previstas por la ley. En la esfera legal, la necesidad de esta autorización se encuentra reconocida por disposiciones, tales como los artículos 202, 204 (ord. 7º) y 205 del Código de Régimen Político y Municipal, y 13 de la Ley 71 de 1916. Entonces, para que pueda procederse a la enajenación de un inmueble de propiedad municipal, así sea mediante la subasta previa de que trata el artículo 204 citado, es necesario que la enajenación haya sido dispuesta por el Concejo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., once de octubre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el actor contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 28 de marzo de 1960, en el juicio ordinario seguido por Nicolás Vanegas frente al Municipio de Quipile.

I

Antecedentes.

En subasta pública efectuada con fechas 3 y 21 de diciembre de 1936, la Junta Municipal de Hacienda del Municipio de Quipile le adjudicó a Nicolás Vanegas, por el precio de sesenta pesos con cincuenta centavos ($ 60.50), un lote del área de dicha población, señalado con el número 74, situado sobre el camellón primero del plano, con frente de cinco metros y cincuenta centímetros sobre la plaza pública, por un fondo de cuarenta y cuatro metros, o sea una cabida de doscientos cuarenta y dos metros cuadrados, y delimitado así: por el norte, con Casa Cural y su solar; por el sur, con casa y solar de Nicolás Vanegas; por el occidente, con tierras de Abelardo Duarte, y por el oriente, con la calle pública.

En virtud de esta adjudicación, el Personero Municipal de Quipile, mediante la escritura número 339 de 6 de septiembre de 1937, otorgada en la Notaría de Anolaima, transfirió en venta al mencionado Nicolás Vanegas el referido solar, por el precio ya indicado, que el comprador consignó en la Tesorería del Municipio.

Luego el mismo Nicolás Vanegas construyó en ese solar una casa de dos pisos.

Tiempo después la Alcaldía del Municipio, en Resolución número 1 de 21 de septiembre de 1952, considerando que la casa allí construída por Vanegas lo está en zona que hace parte de una vía pública, y que cualquier negocio que en orden a la adquisición de la misma hubiese él llevado a cabo con la autoridad del lugar, es violatorio de las normas, según las cuales los bienes de uso común, como las vías públicas, son inenajenables e imprescriptibles, lo conminó a retirar la referida construcción y restituír la zona, dentro del término señalado en la misma providencia, en la que se dispuso que si el responsable no cumplía tal orden, la Alcaldía procedería de oficio a demoler el edificio a costa de aquél. Reclamada esta resolución por Vanegas, fue mantenida por la Alcaldía mediante la de fecha 13 de octubre siguiente y confirmada por la Gobernación de Cundinamarca, según la providencia número 383 de 1º de diciembre del mismo año.

Finalmente, no habiendo sido demolida por Vanegas la edificación, procedió el Municipio a ocuparla.

II

El litigio.

Así las cosas, Nicolás Vanegas trajo a juicio al Municipio de Quipile, ante el Juez Civil del

Circuito de Facatativá, a intento de que se le otorguen las súplicas principales o subsidiarias que pasan a expresarse:

Principales: 1ª Que el actor es dueño del inmueble consistente en la casa de dos pisos con el solar en que está edificada y determinado por los linderos ya dichos;

2ª Que carecen de valor o eficacia contra el dominio del demandante las resoluciones del Alcalde de Quipile, de fechas 21 de septiembre y 13 de octubre de 1952, y la del Gobernador de Cundinamarca de 1º de diciembre del mismo año;

3ª Que se condene al Municipio a restituír al demandante el inmueble aludido, "con sus frutos naturales y civiles desde el mes de octubre, inclusive, de 1952 hasta el día de la entrega";

4ª Que se fije el valor de tales frutos, los que el peticionario estima a razón de doscientos pesos mensuales, o en la cantidad que sea determinada por peritos, y

5ª "Que se condene igualmente al Municipio de Quipile a pagar al señor Nicolás Vanegas los perjuicios ocasionados con la usurpación del inmueble de que trata esta demanda, y con su abuso de autoridad, perjuicios que estima mi mandante en la suma de diez mil pesos, o en la suma que sea fijada por peritos".

Subsidiarias: 1ª Que se condene al Municipio a pagar al demandante "el valor de las mejoras existentes en el terreno comprendido en la alinderación consignada en la primera petición principal en el mes de octubre de 1952, fecha en que fueron usurpadas por el Municipio, junto con sus frutos naturales y civiles, mejoras que estima mi mandante en la suma de veinte mil pesos o en la suma que sea fijada por peritos";

2ª Que se condene al Municipio a pagar al actor el valor del terreno ya determinado, de que da cuenta la escritura número 339 de 6 de septiembre de 1937, y el cual estima el peticionario en tres mil pesos o en la cantidad que se señale por peritos, y

3ª "Que se condene al Municipio de Quipile a pagar al señor Nicolás Vanegas los perjuicios que le ha ocasionado, con la venta de que da cuenta la escritura citada número 339 de 6 de septiembre de 1937 de la Notaría de Anolaima, con sus providencias de que trata la petición segunda principal de esta demanda, y con la usurpación del inmueble citado, perjuicios que además de los valores de que tratan las peticiones que inmediatamente anteceden, estima mi mandante en la suma de diez mil pesos, o en la suma que sea fijada por peritos".

El representante del Municipio, en su contestación al libelo, ni aceptó, ni negó el hecho primero consistente en la venta de que trata la citada escritura número 339 de 6 de septiembre de 1937; negó todos los demás, como también "el derecho que tenga la parte actora para establecer este juicio"; alegó ser absolutamente nula la pretendida venta, por tratarse de un bien de uso común inenajenable e imprescriptible, y expresó que "el Concejo de Quipile solamente facultó a la Junta Municipal de Hacienda para adjudicar al señor Nicolás Vanegas en arrendamiento el lote de terreno, y no para vendérselo, como aparece del acta respectiva".

La primera instancia recibió decisión por la cual, negándose todas las súplicas de la demanda, se absuelve al Municipio de los cargos contra éste deducidos.

En el segundo grado, surtido a virtud de apelación del actor, el Tribunal dictó primeramente sentencia por la cual considerando fracasados los presupuestos procesales de demanda en forma y competencia del Juez, se inhibió de resolver en el fondo; pero, casado este proveído por la Corte, quien le devolvió los autos "para que profiera la sentencia que proceda en derecho", el Tribunal pronunciose de nuevo en fallo de mérito, de fecha 28 de marzo de 1960, cuya parte resolutiva es del tenor siguiente:

"*Primero.* Condénase al Municipio de Quipile a pagar al señor Nicolás Vanegas, diez (10) días después de la ejecutoria del auto que regule su monto, el valor de las mejoras que existían en el predio determinado en la súplica primera principal de la demanda que sirve de base al presente juicio, el día primero (1º) de febrero de mil novecientos cincuenta y tres (1953), pago que comprenderá, además, el de los intereses legales correspondientes, computados sobre dicha suma a partir de la misma fecha hasta cuando el pago se verifique.

"*Parágrafo.* El monto de estas prestaciones se liquidará por el procedimiento establecido en el artículo 553 del Código de Procedimiento Civil.

"*Segundo.* Declárase inhibido el Tribunal para pronunciarse sobre el fondo de las acciones indemnizatorias incoadas en las peticiones quinta principal y tercera subsidiaria, segunda parte, del mismo libelo.

"*Tercero.* Deniéganse las demás peticiones, tanto principales como subsidiarias de la demanda de que se hace mérito.

"*Cuarto.* No hay lugar a condenar en costas.

"Queda en los anteriores términos *reformada* la sentencia de primera instancia, proferida por el señor Juez Segundo Civil del Circuito de Facatativá, con fecha once de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro".

III

La sentencia recurrida.

1. Los motivos del Tribunal para denegar las súplicas que no acogió se ofrecen así:

a) En lo tocante con la acción reivindicatoria principalmente intentada, no encontró que el actor tuviese sobre el inmueble de que se trata, título de dominio eficaz, pues el que pretende tener, o sea la venta que le otorgara el Personero Municipal, no tuvo la virtud de sacar el bien del patrimonio del Municipio. A este propósito discurre así: "No hay constancia en autos de que el terreno cuya reivindicación persigue el señor Vanegas tuviera la calidad de bien de uso público, en razón de estar afectado a un servicio de esa clase. Al contrario: si se tiene en cuenta que el Concejo de Quipile —como aparece del acta de su sesión de 10 de septiembre anteriormente transcrita— autorizó a la Junta Municipal de Hacienda para 'adjudicar al señor Nicolás Vanegas, *en arrendamiento,* el lote de terreno' de que se trata, hay que concluír, de un lado, que éste, o no tenía efectivamente la calidad de bien de uso público, o que si la tuvo la perdió merced a la afectación al uso de un particular, cualquiera que fuera el título por el cual ella se llevó a cabo; y de otro lado, que asumiendo consecuencialmente la situación de bien fiscal, la enajenación de dicho terreno era legalmente posible. Ocurre, sin embargo, que la enajenación de que da cuenta la escritura número 339 de 1937, de la Notaría de Anolaima, aducida por el actor como título de dominio, no tuvo la virtud de trasladar del patrimonio del Municipio de Quipile, al patrimonio de Nicolás Vanegas, la tántas veces citada zona de terreno, porque no está acreditado que el aludido acto de enajenación se cumpliera mediante las formalidades que *ad solemnitatem* exige el artículo 204 del Código de Régimen Político y Municipal, cuya transcripción se hizo atrás, y que, por condición de elementos estructurales del título, han debido incluírse —y no lo fueron— en el cuerpo del correspondiente documento como parte integrante de él, y para constancia fidedigna de su constitución y existencia. Y siendo ello así, dicho acto adolece del vicio de nulidad absoluta, a términos de lo dispuesto por los artículos 1740 y 1741 del Código Civil, que la reputan existente en los actos o contratos a que falta 'alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato', y cuya declaración, por aparecer de manifiesto, debe declararse aun oficiosamente, de acuerdo con lo dispuesto por artículo 2º de la Ley 50 de 1936". En tal virtud, rechazó las peticiones de declaración de dominio en pro del actor y de restitución al mismo del inmueble.

b) Por lo mismo, halló sin fundamento la petición sobre pago de frutos, porque siendo el inmueble de pertenencia del Municipio, dado que la edificación hecha por Vanegas accedió al suelo, o sea que "no siendo Vanegas titular del derecho de dominio sobre las edificaciones o mejoras que hizo, sino simplemente de un crédito personal para el pago de su precio, consecuencialmente no es acreedor sino de los intereses de la suma correspondiente a ese precio, causados desde que éste ha debido pagarse...".

c) En cuanto a la petición de condena al pago del valor del terreno, dijo el sentenciador que como "el predio objeto de la controversia aquí ventilada, no salió del patrimonio del Municipio de Quipile, resulta sin fundamento la petición segunda subsidiaria, por medio de la cual pretende el actor que se condene al demandado a pagarle su valor. Ni aun mediante una amplia interpretación de la demanda podría suponerse que la prestación se dirige a obtener la restitución por parte del demandado del precio que recibió por concepto de la venta del terreno, y que asciende a la suma de $ 60.50, porque no se está ejercitando ninguna acción de las que legalmente consagran esa clase de prestación; y porque el objeto del pago demandado, que es la suma de $ 3.000.00 en que el actor estima el valor del mismo terreno, carece de toda relación con aquél".

d) Y para el repudio de la súplica sobre indemnización de perjuicios, relativamente a los que dice el demandante, le fueron ocasionados "con la venta de que da cuenta la escritura citada", y de que trata la primera parte de la tercera de las peticiones subsidiarias, encontró como razón la de que, por ese aspecto, "la indemnización que se demanda sólo podría producirse como consecuencia del ejercicio de aquellas acciones que, de acuerdo con la ley autorizan la demanda indemnizatoria de perjuicios por incumplimiento de lo pactado, o por vicios en que se incurrió en su celebración, acciones éstas que no han sido ejercitadas".

2. La inhibición en que el *ad quem* declaró encontrarse para proferir una resolución de mérito sobre los pedidos de indemnización de perjuicios, por causa de las resoluciones administrativas mentadas y de la usurpación del inmueble por el Municipio, y que se contienen en las súplicas quinta principal y tercera subsidiaria, esta última en su segunda parte, está imperada por el criterio que se ostenta en el siguiente pasaje:

"Ocurre, sin embargo, que no siendo la indemnización de perjuicios de que se trata, secuela de la prosperidad de la acción reivindicatoria, que sólo da derecho a las especiales prestaciones consagradas por los artículos 961 y siguientes del Código Civil, sino consecuencia de la invalidez de las aludidas resoluciones administrativas, la cual, ni aparece que se haya demandado por las vías legales correspondientes, y con la intervención de las entidades que las profirieron (Municipio de Quipile y Departamento de Cundinamarca), ni podría ser declarada por este Tribunal con autoridad de cosa juzgada por incompetencia de jurisdicción, tal demanda virtualmente resulta afectada del vicio de ineptitud, que impide considerarla en el fondo".

IV

El recurso extraordinario.

Interpuesto por ambas partes contra esta sentencia el recurso de casación, sólo ha venido a fundarlo el actor, de cuya impugnación, que comprende tres cargos por la causal 1ª, uno por la 2ª y uno por la 7ª, entra a ocuparse la Corte:

Cargo por la causal séptima.

Se hace consistir en que el Tribunal, declarándolo en el fallo, se abstuvo de conocer de asunto de su competencia, como son las acciones indemnizatorias contenidas en las peticiones quinta principal y tercera subsidiaria, segunda parte.

A intento de fundar este motivo de acusación, dice el recurrente que el Tribunal insistió en el error de afirmar que existe una indebida acumulación de acciones, ya que la demanda enfrenta dos títulos: de un lado la escritura y las actas de remate aducidas como prueba del dominio del actor, y del otro unas resoluciones del Alcalde de Quipile y del Gobernador de Cundinamarca, que declaran sin valor el título del demandante; que la validez de este título debe surgir de esa confrontación, en razón de la cual "el fallador queda enfrentado a un puro y simple despojo, el que trae por mandato expreso del artículo 982 del Código Civil, la indemnización de perjuicios"; que con la inhibitoria se infringió este artículo, como también "los artículos 2341 y siguientes del Código Civil, que consagran la responsabilidad civil por perjuicios, y no precisamente los que provienen de actos de administración, sino los que provienen de culpa o de delito"; y que se trata aquí de una acción puramente civil, de competencia exclusiva de la justicia ordinaria.

Se considera:

Así como la súplica segunda principal, impetratoria de la desestimación de las resoluciones del Alcalde y del Gobernador frente a la documentación presentada por el actor como título de dominio, quedó expresamente resuelta, en sentido adverso al demandante, en el ordinal 3º de la parte decisoria, cuando dice "Deniéganse las demás peticiones, tanto principales como subsidiarias de la demanda", denegación que en lo tocante a ese punto se fundó en la consideración trascendente de que la venta hecha por el Municipio a Vanegas, de que da cuenta la escritura número 339 de 6 de septiembre de 1937, no tuvo virtud alguna para transferir a éste el dominio del inmueble, así también, por obra del mismo ordinal últimamente citado, se decidió adversamente acerca del pedimento de indemnización de los perjuicios que el actor pretende se le causaron con la celebración del contrato, y que informa la primera parte de la petición tercera subsidiaria, cuya negativa basó el juzgador, como atrás se vio, en el argumento de que en este juicio no se intentó ninguna acción indemnizatoria de las deducibles en el campo contractual. Por ello, el ordinal segundo de la parte resolutiva de la sentencia, al declarar inhibición en relación con la súplica tercera subsidiaria, tuvo el cuidado de agregar: "segunda parte", o sea que entendió excluír de la inhibitoria la primera parte de la misma súplica, para denegarla a fondo en el ordinal tercero.

Bien se ve, pues, que el Tribunal pronunció fallo de mérito sobre todas las peticiones de la demanda, a excepción de la "quinta principal y tercera subsidiaria, segunda parte", relativas éstas a la indemnización de perjuicios que el actor dice sufridos por él a causa de las susodichas resoluciones administrativas, abuso de autoridad y usurpación del inmueble.

El ámbito de estas últimas súplicas y de la inhibición del Tribunal a ellas referente, está, pues, claramente circunscrito: La autoridad po-

lítica de Quipile, sosteniendo que, por ser parte de una calle pública la zona ocupada por Vanegas con la edificación, se imponía el dar cumplimiento a ciertas disposiciones de orden público, tales como los artículos 208 del Código Político y Municipal, y 1º a 5º del Decreto ejecutivo número 640 de 1937, represivos de la usurpación de las vías de tal carácter, dictó la providencia que confirmó la Gobernación, ordenatoria del reintegro de la zona al común, mediante el retiro de aquella construcción, y luego, pues que ésta no fue demolida por Vanegas, procedió la Alcaldía a ocuparla. Y relativamente a este preciso punto, la demanda solicita la indemnización de los perjuicios que al actor se le causaron con la usurpación del inmueble, el abuso de autoridad y las referidas resoluciones administrativas.

Quiere decir que todo ese proceder de la Administración Municipal tiene como piedra angular la resolución del Alcalde, pues que la ocupación por éste del inmueble se hizo a base de su orden de restituír el terreno al común, mediante el retiro de la edificación, cuyo derribo por la propia Alcaldía estaba dispuesto en la misma providencia, si el obligado no lo hacía dentro del término allí prefijado al efecto. Y si la Administración se detuvo en la ocupación de la casa, sin demolerla, ello en nada cambia la naturaleza jurídica de la providencia aludida y en nada empeora la situación que para Vanegas resultaba de la misma.

Constituyendo acto administrativo la declaración de voluntad emitida por un sujeto de la Administración Pública, en ejercicio de una potestad administrativa, no cabe discutir que la susodicha resolución del Alcalde de Quipile es un típico acto de esta categoría y que, en consecuencia, ese acto en sí mismo y la situación por él creada, sometidos quedaron al tratamiento jurisdiccional especial estatuído por la Ley 167 de 1941. Esto es que el restablecimiento del derecho particular que por el propio acto administrativo hubiera sido lesionado, o sea la reparación de los perjuicios que hubieran podido resultar del proceder de la administración fundado en tal acto, ha debido deducirse en juicio, no ante los Jueces ordinarios, sino en la esfera de la jurisdicción contencioso-administrativa, por ser ésta a la que los artículos 62 a 66 de la Ley 167 asignan la potestad de anular los actos administrativos, y a la que el artículo 67 del mismo estatuto, como norma en lo contencioso de plena jurisdicción, atribuye el fuero de las acciones para obtener el restablecimiento de los derechos particulares vulnerados por los actos de tal especie.

Entonces, el Tribunal no tenía otro camino que el de inhibirse de conocer de las referidas peticiones quinta principal y tercera subsidiaria, segunda parte, por falta de competencia, sin que pudiera argüírsele que ya la Corte en su anterior sentencia de fecha 2 de septiembre de 1957 había ordenado que se dictase pronunciamiento de fondo, porque el proveído de la Corte, considerando que el *ad quem* desacertó al abstenerse de resolver sobre la acción reivindicatoria intentada, por haber creído que a ésta se había acumulado la de nulidad de las resoluciones proferidas por la Alcaldía de Quipile y la Gobernación de Cundinamarca, que no fue propuesta, apenas dispuso devolverle los autos al Tribunal para que profiriese "la sentencia que proceda en derecho"; pero es claro que ello no obligaba a éste a proveer sino sobre lo que fuese de su competencia, sin invadir el campo de una jurisdicción extraña, como bien lo entendió cuando en el nuevo fallo materia del actual recurso extraordinario, ateniéndose a la doctrina de que la incompetencia de jurisdicción respecto de una de las varias acciones que se acumulen en una demanda, no genera la nulidad de toda ésta, si el Juez o Tribunal la tiene para el conocimiento de las demás (22 abril y 31 mayo de 1954, LXXVII, 2141, págs. 723 a 729), se declaró inhibido para pronunciarse sobre el fondo de las acciones de indemnización de que tratan las peticiones últimamente contempladas.

No prospera, pues, el cargo.

Cargo por la causal segunda.

Se le imputa a la sentencia el defecto de no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, y a este respecto dice el recurrente:

"Hago consistir este motivo de acusación, en que la sentencia del Tribunal, desechando aceptar la prueba del dominio en el actor; y al condenar al Municipio demandado al pago de las mejoras, negó la condenación impetrada relativa al pago del precio pagado por el demandante, lo que hace el fallo no sólo incongruente sino merecedor de que se le considere, llegado el caso, como violatorio de los artículos 2313 y siguientes del Código Civil...".

Se considera:

Para que en un fallo exista la incongruencia por el aspecto de *mínima petita,* en relación con la demanda, es preciso que por el juzgador se

haya dejado de decidir sobre puntos contenidos en ésta, de modo que la relación procesal subsista trabada en lo no resuelto. Pero aquí el planteamiento del cargo, por sus propios términos, está demostrando que no hay lugar a la imputación de inconsonancia. Porque, si el sentenciador, como lo dice la censura, "negó la condenación impetrada", quiere ello decir que en esa forma adversa se pronunció a fondo sobre la súplica correspondiente.

Lo que significa que una decisión negativa que se suponga violatoria del derecho sustancial, no es susceptible de ataque en casación, en la órbita de la causal segunda, sino que debe serlo en razón de la causal primera, que es el campo rigurosamente destinado por la ley a este fin, y con el lleno de los requisitos de orden técnico por la misma imperados.

Por lo tanto, se desestima el cargo.

Cargos por la causal primera.

Tres motivos de acusación aduce el recurrente en el ámbito de esta causal, a saber:

Primer motivo. Indebida aplicación de los artículos 204 del Código de Régimen Político y Municipal, 1740 y 1741 del Código Civil, y 2º de la Ley 50 de 1936, a causa de error de derecho en la apreciación de ciertas pruebas.

El planteamiento se hace así: para acreditar la propiedad del actor sobre el suelo, se adujeron sendas copias registradas de la escritura número 339 de 6 de septiembre de 1937, de la Notaría de Anolaima, mediante la cual Jesús Antonio Briceño, como Personero Municipal de Quipile, transfirió en venta a Vanegas el terreno que le había sido adjudicado por la Junta Municipal de Hacienda; del acta de posesión del mismo Briceño como tal Personero, demostrativa de que él ejercía este cargo cuando otorgó aquella escritura; y de las actas de la Junta Municipal de Hacienda de Quipile, de fechas 3 y 21 de diciembre de 1936, relativas a la licitación en que se le adjudicó tal inmueble a Venegas, y confrontadas estas tres últimas copias con sus originales en la inspección ocular verificada en la segunda instancia. También se produjo un certificado del Registrador de Facatativá que acredita la suficiencia del título sobredicho.

Estos documentos que demuestran la propiedad de Vanegas "fueron desestimados por el Tribunal, con violación de los artículos 1757, 1758, 1759 y 1765 del Código Civil, que señalan el valor de los instrumentos públicos como prueba, en contra del tradente y en favor del adquirente, dando indebida aplicación a los artículos 1740, 1741 del Código Civil, y 2º de la Ley 50 de 1936".

Ocurrió que el Tribunal, estimando no estar acreditado que se cumpliera con las formalidades *ad solemnitatem* exigidas por el artículo 204 del Código de Régimen Político y Municipal, en cuanto los elementos en que ellas consisten no se incluyeron en el cuerpo de la escritura como parte integrante de la misma, concluyó que el negocio, según los artículos 1740 y 1741 del Código Civil, adolece de nulidad absoluta, declarable de oficio según el artículo 2º de la Ley 50 de 1936.

Punto este en que la censura concluye así: "De una parte, incurre el Tribunal en error de hecho al considerar la escritura aisladamente de las actas de remate, y de otra, en creer que para la validez de los actos de tradición anotados, era indispensable que se hubiera hecho constar en el cuerpo del título el cumplimiento y ejecución de los hechos señalados como requisitos en el artículo 204 del Código de Régimen Político y Municipal, sin que haya disposición legal alguna que exija la inclusión en el título o copia respectiva, apreciación errada que lo llevó a aplicar una sanción que no puede imponerse por simple presunción o apreciación, como lo hizo, grave y manifiesto error que llevó al Tribunal a desconocer en su sentencia el derecho del actor, y a infringir, por falta de aplicación, las disposiciones que anoto en el capítulo siguiente, o parte siguiente".

Segundo motivo. Formulado por violación de los artículos 946, 950, 669, 673, 740, 745, 756, 1857 y 2637 del Código Civil, hállase este cargo contenido en el siguiente párrafo: "Convencido el fallador de segunda instancia de que había dado en el clavo, y de que la falta de inclusión de todos los antecedentes de los varios remates de que dan cuenta las pruebas que obran en este expediente en el título de Nicolás Vanegas, lo autorizaba para pronunciarse sobre la nulidad que declaró, y que no fue ni podía ser materia del pleito, formalidades que se cumplieron al tenor de las mismas actas, procedió a desconocer y a violar, por falta de aplicación, los artículos 946, 950, 669, 673, 740, 745, 756 y 1857 del Código Civil, que garantizan el dominio de inmuebles y dan los medios de recuperarlo cuando se ha perdido sin justa causa, como aquí sucede, y la venta como medio de adquirir el dominio. Así resulta infringido también el artículo 2637 y concordantes del Código Civil, que dan al registro la virtud de servir de medio de tradición del dominio de inmuebles".

Tercer motivo. Propuesto por infracción de los artículos 982 y 2341 del Código Civil, su contenido es en resumen el siguiente: la demanda, tanto en las súplicas principales como en las subsidiarias, se refiere al resarcimiento de los perjuicios sufridos por el actor con el despojo de que fue víctima, y que pecuniariamente consistieron, según la censura, en la pérdida del negocio que le proporcionaba el sustento para sí y su familia, después de crearlo, acreditarlo y presentarlo en términos de amplia aceptación; y que, no obstante ser tales perjuicios un efecto inseparable del despojo y la indemnización de los mismos una consecuencia lógica de las acciones civiles consagradas por los dichos artículos 982 y 2341, el Tribunal consideró que no era de su resorte el conocimiento de las peticiones quinta principal y tercera subsidiaria, sino del de la jurisdicción contencioso-administrativa, conclusión con la cual quebrantó los preceptos civiles en referencia, por no haberlos aplicado, siendo el caso de hacerlo.

Se considera:

A) Teniendo los dos primeros cargos de este capítulo una base común, se procede a despacharlos en conjunto:

Descartada está del caso *sub judice* la hipótesis de que la zona de terreno de que se trata tuviese la condición de bien de uso público, cuando por parte del Municipio se procedió a enajenarla al actor, pues, como lo afirma el Tribunal, "no hay constancia en autos, de que el terreno cuya reivindicación persigue el señor Vanegas, tuviera la calidad de bien de uso público en razón de estar afectado a un servicio de esa clase".

Para el sentenciador, el inmueble era entonces un bien fiscal del Municipio, susceptible de enajenación; por lo cual, el punto que ha de ventilarse ahora en razón de la censura, es el de si la venta hecha por el Municipio a Vanegas es válida o nula, por haberse llenado o no los requisitos exigidos para lo primero por la ley.

Las formalidades especiales imperadas por el legislador para los contratos que celebra la Administración, están ordenadas en razón del interés general, es decir, son de orden público, lo que hace que la pretermisión de ellas ocasione la nulidad plena de tales actos (art. 1741, C. Civ.), a menos que por la misma ley se disponga otra cosa.

En este sentido, los requisitos exigidos por el artículo 204 del Código de Régimen Político y Municipal, para "toda venta voluntaria de una finca del común", tales como avalúo judicial, anuncio previo en el periódico oficial del Departamento y remate en la cabecera del Municipio en que exista la finca, son formalidades indispensables para la validez de tales ventas.

Mas ocurre, en esta suerte de negocios, que ellos son de formación compleja, constituída por una serie o concurrencia de formalidades, cada una de las cuales tiene su entidad y molde propios, aunque exista entre ellas una interdependencia necesaria. Así, si la subasta ordenada por el citado artículo 204, en interés del fisco municipal, se ha cerrado de conformidad con lo dispuesto en el mismo precepto, implica ello una etapa en sí misma completa, que indica a qué persona y por qué precio ha de hacerse la venta, a cuyo perfeccionamiento se procede mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública como instrumento *ad solemnitatem* en la celebración de las ventas de inmuebles.

Quiere, pues, decir que si las exigencias relativas a la subasta administrativa preliminar se han cumplido en las condiciones exigidas por el precepto en referencia, de lo cual queda el testimonio auténtico en los archivos públicos, no puede concluírse, como lo hizo el Tribunal, que la simple falta de incorporación de los comprobantes de estas actuaciones a la escritura pública, por la cual se perfecciona la venta al mejor postor, implique omisión de solemnidades, como que no se encuentra norma alguna que consagre en este sentido semejante exigencia.

Evidentemente, en la escritura número 339 de 1937, por la cual el Personero de Quipile dijo vender a Nicolás Vanegas el lote de terreno, a virtud de habérsele adjudicado en la licitación pública dicha, no se incluyó la documentación relativa a tal subasta; pero no es menos cierto que como pruebas en este juicio se encuentran copias de las actas de la misma subasta. Habría, pues, bajo el aspecto que se acaba de examinar una violación, por aplicación indebida, de los artículos 1740 y 1741 del Código Civil, y 2º de la Ley 50 de 1936. Con todo, este defecto carece de virtud para producir la casación de la sentencia, en cuanto la decisión que se profiriese en instancia tendría que ser igual a la recurrida, a causa de no existir la prueba de que el Concejo Municipal de Quipile hubiera autorizado la venta del lote de terreno en referencia.

Es esta una cuestión planteada por el mandatario judicial del Municipio, desde la contestación a la demanda, cuando dijo: "El Concejo de Quipile solamente facultó a la Junta Municipal de Hacienda para adjudicar al señor Nicolás Vanegas, en arrendamiento, el lote de terre-

no, y no para vendérselo, como aparece del acta respectiva". Ciertamente, a los folios 4 v. y 5 del cuaderno de pruebas del demandado, en primera instancia, obra una copia del acta de la sesión extraordinaria del Concejo de Quipile, de 10 de septiembre de 1935, que acredita lo así alegado por el representante de la entidad demandada; y, como ya se dijo, no se encuentra en el proceso testimonio alguno de que el Concejo hubiese autorizado la enajenación del inmueble.

Conforme al precepto 197 de la Carta fundamental, es el Concejo la entidad ordenadora de lo concerniente a la administración municipal; por lo que resulta obvio que de los bienes que integran el patrimonio de un Municipio no se pueda disponer sino por autorización del Concejo y en las condiciones al efecto previstas por la ley. En la esfera legal, la necesidad de esta autorización se encuentra reconocida por disposiciones, tales como los artículos 202, 204 (ord. 7º) y 205 del Código de Régimen Político y Municipal, y 13 de la Ley 71 de 1916. Entonces, para que pueda procederse a la enajenación de un inmueble de propiedad municipal, así sea mediante la subasta previa de que trata el artículo 204 citado, es necesario que la enajenación haya sido dispuesta por el Concejo.

Lo cual quiere decir que, en el caso del litigio, no habiéndose demostrado que el Concejo hubiese autorizado la venta del inmueble de que trata la referida escritura número 339 de 6 de septiembre de 1937, cuando existe en cambio la prueba de que lo ordenado por el Cabildo fue la licitación sobre arrendamiento del bien, aquella venta es un acto que carece de eficacia frente al Municipio, que no lo obliga, es decir, que no puede serle opuesta por el actor como título de dominio de éste.

No resultan, pues, violados los textos de la ley sustancial en lo tocante con la venta y tradición de inmuebles, dominio y acción reivindicatoria, a que se refieren estos cargos.

B) Tampoco está llamado a prosperar el tercer cargo o sea el relativo al quebranto de los artículos 982 y 2341 del Código Civil, en relación con la desestimación que hizo el Tribunal de las peticiones quinta principal y tercera subsidiaria sobre indemnización de perjuicios, por las siguientes razones:

En lo correspondiente a los perjuicios que la demanda dice causados por las resoluciones administrativas, abuso de autoridad y usurpación del inmueble, los motivos para desestimar la censura son los mismos que ya se vieron al rechazar el cargo por la causal séptima.

Y en lo tocante con la negativa de fondo que diera el sentenciador a la súplica referente a los perjuicios que el actor alega haberle ocasionado el Municipio "con la venta de que da cuenta la escritura citada" (primera parte de la tercera subsidiaria), cabe considerar: en el supuesto de que el Tribunal hubiera rechazado indebidamente esta petición, no serían los artículos 982 y 2341 del Código Civil los preceptos violados, porque el artículo 982 estatuye sobre la indemnización aneja a las acciones o interdictos posesorios que regula el Título 13 del Libro 2º, y el artículo 2341 versa sobre la responsabilidad extracontractual, todo lo cual hace que estos textos estén por fuera de la órbita a que circunscribió el actor la petición de que se trata.

Pero, aunque así no fuese, debiendo el demandante conocer las exigencias de la ley para la enajenación de bienes de los Municipios, correspondíale tener la diligencia de enterarse de que una de ellas, fundamental en el caso, como es la autorización que del Concejo se requiere, había sido impartida, colaborando en esta forma al cumplimiento de una ley de orden público, en el negocio de su personal interés. Por lo mismo, mal podría pretender una indemnización en razón de la ineficacia del aludido contrato, ocasionada por un vicio que no ha debido ignorar.

Quedan así rechazados los cargos.

RESOLUCION:

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha veintiocho (28) de marzo de mil novecientos sesenta (1960), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial*, y vuelva el proceso al Tribunal de origen.

Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

NULIDAD ABSOLUTA

Presupuestos indispensables para la declaración oficiosa de ésta. — Venta de especies en litigio.

1. La aplicación de todo precepto legal, para ser racional y justa, y, por lo tanto, conforme con la mente de su autor, ha de hacerse dentro del marco de sus correspondientes presupuestos, sean éstos expresamente establecidos por la ley, sean implícitamente imperados por la naturaleza misma de la relación jurídica legislada.

Es así como el poder excepcional otorgado al Juez por el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, que subrogó al 15 de la Ley 95 de 1890, para declarar de oficio la nulidad absoluta, no es irrestricto o de aplicación indiscriminada, sino que su uso está sujeto a que se llenen las exigencias que esta materia reclama, y que, al efecto, están aquilatadas por la doctrina jurisprudencial, así: "1ª Que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato, es decir, que a la vez que el instrumento pruebe la celebración del acto o contrato, contenga, muestre o ponga de bulto por sí solo los elementos que configuran el vicio determinante de la nulidad absoluta; 2ª Que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones para las partes, y 3ª Que al pleito concurran, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración de aquél o sus causahabientes, en guarda del principio general que enseña que la declaratoria de nulidad de un acto o contrato en su totalidad no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron". (Cass. 26 agosto 1938, XLVII, 1940, pág. 66; 18 octubre 1938, XLVII, 1941, pág. 238; 10 octubre 1944, LVIII, 2016, pág. 46; 5 abril 1946, LX, 2032-2033, pág. 363; 29 mayo 1959, XC, 2211-2212, pág. 590).

Explicando el significado del primero de estos presupuestos, enseña la Corte que el sentido genuino de la locución "de manifiesto" que usa el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, es "el de que la nulidad resulte de bulto, de una manera ostensible, de la simple lectura del contrato, sin necesidad de ocurrir, para demostrarla, a otras piezas del proceso o elementos probatorios, sin que sea susceptible de interpretación ni de discusiones".

El segundo de tales presupuestos aparece como directa imposición de la necesidad de continencia procesal, por razón de la cual no es lícito al juzgador el pronunciarse sobre puntos que nada tienen que ver con la sujeta materia de la relación jurídica debatida.

Y el tercero emerge naturalmente de un derecho primordial de defensa: el que toda persona tiene a que los actos de la vida jurídica de que ha sido autor o en que es parte, y en cuya eficacia se supone interesada o comprometida, no puedan ser aniquilados a sus espaldas.

2. Cuando el artículo 1521 del Código Civil dispone que "hay un objeto ilícito en la enajenación... de las especies cuya propiedad se litiga, sin permiso del Juez que conoce en el litigio", está contemplando una situación jurídica, cuya realidad no depende de la simple afirmación de quienes contratan, sino que ha de probarse por medios adecuados al efecto. Tal el atestado acerca de la inscripción de la demanda en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, preceptuada por el artículo 2º de la Ley 38 de 1945, en tratándose de "demanda civil sobre el dominio u otro derecho real principal constituído sobre un inmueble o acerca de una universalidad de bienes en que figuran inmuebles", precepto éste, según el cual, "verificada la inscripción por el Registrador, se considerará en litigio la cosa para los efectos del artículo

1521 del Código Civil"; o también el comprobante del caso, expedido por el juzgado que conoce del litigio, con arreglo al artículo 632 del Código Judicial.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., diez y siete de octubre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, con fecha 4 de agosto de 1960, en el juicio ordinario promovido por Alfonso Giraldo frente a Blanca Cecilia Morales de Potes, Olga Saudy y Julia Sevigne Morales Rodríguez.

I

El litigio.

En razón de una solicitud elevada al Ministerio de Agricultura, a través de la Alcaldía Municipal de Bolívar (V.), por Blanca Cecilia Morales de Potes, como representante de la sucesión de Angel Octavio Morales, sobre adjudicación, a título de cultivadora, de un terreno baldío denominado "El Tesoro", ubicado en el Corregimiento de La Primavera, en jurisdicción del Municipio de Bolívar, Departamento del Valle, Alfonso Giraldo se presentó a hacer oposición, la que formalizó ante el Juez Civil del Circuito de Roldanillo, mediante demanda de carácter ordinario dirigida contra Blanca Cecilia Morales de Potes, Olga Saudy y Julia Sevigne Morales Rodríguez, en que impetró las siguientes declaraciones: 1ª Que el actor Giraldo es dueño, en unión de Lilia Alzate, de la finca agrícola denominada "Platanares" o "El Tesoro", situada en el Municipio y Corregimiento mencionados, y determinada por los linderos indicados en la relación de hechos de la demanda; 2ª Que, en consecuencia, esta finca, con sus mejoras, es exclusivamente de la comunidad formada por el actor y Lilia Alzate, sin que pueda reputarse como baldío o de la Nación, y menos adjudicarse, en tal carácter, el terreno ni las mejoras a la sucesión de Octavio Morales o a Blanca Cecilia Morales y demás demandadas; 3ª Que únicamente corresponde a las demandadas la suma de dos mil pesos por el valor de las antiguas mejoras del predio, reconocidas por la Corte Suprema de Justicia, esto es la mitad de las mejoras antiguas de café y plátano que había en dicho inmueble, o el precio que peritos determinen, y 4ª La condena en costas, si hubiere oposición.

Como hechos fundamentales, el demandante alegó el de ser dueño del fundo, en unión de Lilia Alzate, por adquisiciones que hicieron él según escritura pública, y ella mediante adjudicación del Estado; y el de que por sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 9 de junio de 1953, en juicio de Consejo Rodríguez y las demandadas contra Antonio González Poveda, se reconoció a estas últimas el derecho de mitad de las mejoras antiguas de la finca.

Las demandadas contestaron oponiéndose a que se hagan las declaraciones solicitadas, y a su vez formularon demanda de reconvención contra Giraldo, mediante libelo producido por parte de Blanca Cecilia Morales de Potes, a que adhirieron Olga Saudy y Julia Sevigne Morales, y en que se solicita la declaración y condenas siguientes: a) Que la finca denominada "El Río", "El Tesoro" o "Platanares", por la ubicación y linderos anotados en el hecho segundo de la contrademanda, pertenece a la comunidad formada por Blanca Cecilia Morales de Potes, Olga Saudy y Julia Sevigne Morales Rodríguez, "en la proporción de quinientos sesenta y dos pesos con sesenta centavos ($ 562.60) para éstas, de una parte, y Antonio González Poveda o sus legítimos sucesores, en cuantía de cuatrocientos treinta y siete pesos con cuarenta centavos ($ 437.40), sobre un avalúo de un mil pesos ($ 1.000.00), de la otra, conforme lo dispuso la honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia que se halla ejecutoriada"; b) Que se condene al reconvenido a restituír a la comunidad formada por las reconvenientes "los frutos que ha percibido sobre la cuota indivisa que a ellas pertenece, o su valor en dinero, mediante justa tasación pericial"; c) Que el mismo reconvenido deberá restituír "la porción de la finca o sus mejoras que, mediante la partición material, ha sido señalada o se señale a la comunidad formada por las personas de que se habla en la declaración que antecede", y d) Que se imponga a Giraldo el pago de las costas de la litis.

Este último replicó oponiéndose a la reconvención, y al efecto dijo interponer varias excepciones de carácter perentorio.

Con citación del Agente del Ministerio Público, adelantose el juicio, cuyo primer grado, en el que se produjeron pruebas de una y otra

parte, concluyó con pronunciamiento en que se resolvió lo siguiente:

"1º Es nulo, de nulidad absoluta, el contrato de compraventa consignado en la escritura pública número 365 de 12 de septiembre de 1949, pasada en la Notaría de Bolívar (V.), registrada el 25 de mayo de 1954.

"2º Absuélvese a las demandadas Blanca Cecilia, Olga Saudy y Julia Sevigne Morales Rodríguez de los cargos que les fueron formulados en el libelo de 24 de febrero de 1956.

"3º En firme esta providencia, envíese el expediente al Ministerio de Agricultura y Ganadería, División de Recursos Naturales, Sección de Baldíos, para que allí, una vez agotada la tramitación correspondiente, se profiera la resolución por medio de la cual se decrete o deniegue la adjudicación solicitada, según sea del caso.

"4º Absuélvese al demandante Alfonso Giraldo Castaño de los cargos que le fueron formulados en la contrademanda de fecha 22 de junio de 1956.

"5º Ordénase la cancelación de la inscripción de la demanda y de la contrademanda; en consecuencia, una vez ejecutoriada esta providencia, ofíciese en tal sentido al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito, para los efectos consiguientes.

"Sin costas".

Por apelación de ambas partes, abriose la segunda instancia a que recayó el fallo de 4 de agosto de 1960, por el cual el Tribunal decidió así:

"*Revócase* el punto primero de la sentencia apelada y *confírmase* en todo lo demás, sin costas".

Hállase ahora el negocio al estudio de la Corte, en virtud del recurso de casación interpuesto únicamente por la parte de Blanca Cecilia Morales de Potes, Olga Saudy y Julia Sevigne Morales Rodríguez, cuyo apoderado reduce este recurso a impugnar la sentencia del Tribunal "sólo en cuanto *revocó* el punto 1º de la de primera instancia".

II

La sentencia recurrida.

Tocante con el preciso punto materia de la impugnación, o sea la revocación que hizo el Superior de la declaración de ser "nulo, de nulidad absoluta, el contrato de compraventa consignado en la escritura pública número 365 de 12 de septiembre de 1949, pasada en la Notaría de Bolívar (V.), registrada el 25 de mayo de 1954", el Tribunal dijo lo siguiente:

"Por último, siendo presupuesto necesario la prueba de la existencia de la comunidad, sin él era improcedente entrar a analizar la validez o invalidez de la escritura cuya nulidad absoluta declaró el Juez de la primera instancia, fuera de que además la nulidad referida no podía declararse de oficio porque ella no aparece de manifiesto de aquel instrumento sino que la dedujo el Juez de elementos extraños a la misma escritura, y por ello habrá de revocarse tal decreto producido de oficio".

Importa, pues, indagar los motivos de la decisión del Juez de primera instancia, en esta materia, los que cabe concretar así:

Que en el anterior juicio sobre reivindicación de la finca rural o mejoras agrícolas conocidas con el nombre de "El Río", "Platanares" o "El Tesoro", seguido por Consejo Rodríguez de Morales, Blanca Cecilia, Olga Saudy y Julia Sevigne Morales Rodríguez contra Antonio González Poveda, se inscribió la demanda el día 9 de noviembre de 1946, y su cancelación sólo se comunicó mediante oficio recibido en la Oficina de Registro el 4 de junio de 1954; que pendiente esta inscripción, el demandado en aquel pleito, Antonio González Poveda, por escritura número 365 de 12 de septiembre de 1949, de la Notaría de Bolívar (V.), registrada el 25 de mayo de 1954, dijo vender a Nazario Correa Gutiérrez "una finca ubicada en la vereda de 'El Edén', en el Corregimiento de Primavera, del Municipio de Bolívar (V.), por los componentes y linderos que en la misma se indican y que, según el libelo, es la misma a que la solicitud de adjudicación se refiere", escritura en que se expresó: "aclara el vendedor que como la propiedad está en pleito él se compromete a entregarla saneada"; que en tal acto no se trata de venta o cesión de derechos litigiosos, sino de cuerpo cierto y determinado; que luego, por escritura número 133 de 24 de mayo de 1954, de la citada Notaría, registrada el día siguiente, Nazario Correa Gutiérrez vendió a Alfonso Giraldo Castaño la misma finca que el primero había adquirido por la escritura número 365, aclarando que "lo que vende es el derecho que le corresponde conforme sentencia de la honorable Corte Suprema de Justicia, es decir, una cuota de cuatrocientos treinta y siete pesos sobre un avalúo de mil pesos dado a todas las mejoras antiguas de la finca, que consiste (sic) en cuatro plazas, más o menos, de cafetales antiguos, la casa de

habitación más las mejoras nuevas puestas por Antonio González Poveda antes del año de 1947, o sea otros cafetales y platanales y el potrero; que en cuanto a las demás mejoras fueron puestas por el comprador en el curso de los dos últimos años en que está en posesión material de la finca''; que en los anteriores títulos parece fundar el señor Alfonso Giraldo su dominio, pero que, como el inmueble, en virtud de la inscripción de la demanda, estaba fuera del comercio, no sólo cuando la escritura 365 se otorgó, sino cuando se registró, ''el contrato en ella contenido está viciado de nulidad absoluta, por haber objeto ilícito como lo determina el artículo 1521 del Código Civil''; y que ''tal nulidad que, por ser absoluta, puede y debe ser declarada por el Juez, conforme lo prescribe el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, habrá de declararla el juzgado, precisamente en obedecimiento a la citada norma que impone la obligación de declararla cuando aparece una nulidad de esta clase debidamente acreditada''.

III

El recurso extraordinario.

Invocando la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, formula el acusador dos cargos, estrechamente ligados entre sí, por infracciones directa e indirecta, respectivamente, de unas mismas normas de ley sustancial, es a saber:

Primer cargo. Se hace consistir en el quebranto directo de los artículos 6º, 1521, 1741 y 2637 del Código Civil, 15 de la Ley 95 de 1890, 2º de la Ley 50 de 1936 y 2º de la Ley 38 de 1945, a base de una serie de consideraciones, cuya esencia es la misma de los motivos que tuvo en cuenta el Juez del Circuito, según atrás se vio, para declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato de venta contenido en la escritura número 365 de 12 de septiembre de 1949, de la Notaría de Bolívar (V.).

Argumenta, pues, el recurrente que, si la finca estaba fuera del comercio cuando se otorgó y registró tal escritura, por estar pendiente la inscripción de la demanda en el consabido juicio de Consejo Rodríguez viuda de Morales, Blanca Cecilia, Olga Saudy y Julia Sevigne Morales contra Antonio González Poveda, la venta tuvo un objeto ilícito (arts. 1521, C. Civ., y 2º Ley 38 de 1945), siendo absolutamente nula (arts. 6º y 1741, C. Civ.); situación que los contratantes estaban obligados a saber, dado el medio de publicidad por el registro (art. 2637, ord. 2º, ibídem); que si a todo ello se agrega que vendedor y comprador expresaron proceder a sabiendas de hallarse en pleito el inmueble, quiere decir que esa nulidad aparece de manifiesto en el propio acto, siendo por lo mismo declarable de oficio (arts. 15, Ley 95 de 1890, y 2º, Ley 50 de 1936), como así lo decidió el Juez de primer grado en el ordinal 1º de su resolución; y que por todo ello el Tribunal, al revocar en esa parte el pronunciamiento del inferior, violó directamente los ya relacionados preceptos de la ley civil.

Segundo cargo. Por él se imputa a la sentencia el ser indirectamente violatoria de las mismas normas atrás citadas, bien por error de derecho en la valoración de la confesión de las partes sobre estar en pleito el inmueble, consignada en la escritura número 365, confesión y escritura cuyos méritos probatorios se fundan respectivamente en los artículos 608 y 630 del Código Judicial, directamente infringidos; ya por error de hecho en la interpretación de la misma escritura, en cuanto el Tribunal dijo que de ella no aparece de manifiesto la nulidad absoluta, sino que el Juez la dedujo de elementos extraños al instrumento, siendo así que en éste los contratantes expresaron ser la finca objeto de litigio.

Consideraciones de la Corte.

1. La aplicación de todo precepto legal, para ser racional y justa y, por lo tanto, conforme con la mente de su autor, ha de hacerse dentro del marco de sus correspondientes presupuestos, sean éstos expresamente establecidos por la ley, sean implícitamente imperados por la naturaleza misma de la relación jurídica legislada.

2. Es así como el poder excepcional otorgado al Juez por el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, que subrogó al 15 de la Ley 95 de 1890, para declarar de oficio la nulidad absoluta, no es irrestricto o de aplicación indiscriminada, sino que su uso está sujeto a que se llenen las exigencias que esta materia reclama y que, al efecto, están aquilatadas por la doctrina jurisprudencial, así: ''1ª Que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato, es decir, que a la vez que el instrumento pruebe la celebración del acto o contrato, contenga, muestre o ponga de bulto por sí solo los elementos que configuran el vicio determinante de la nulidad absoluta; 2ª Que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones para las partes, y 3ª Que al pleito concurran, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la

celebración de aquél, o sus causahabientes, en guarda del principio general que enseña que la declaratoria de nulidad de un acto o contrato en su totalidad no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron". (Cass. 26 agosto 1938, XLVII, 1940, pág. 66; 18 octubre 1938, XLVII, 1941, pág. 238; 10 octubre 1944, LVIII, 2016, pág. 46; 5 abril 1946, LX, 2032-2033, pág. 363; 29 mayo 1959, XC, 2211-2212, pág. 590).

3. Explicando el significado del primero de estos presupuestos, enseña la Corte que el sentido genuino de la locución "de manifiesto" que usa el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, es "el de que la nulidad resulte de bulto, de una manera ostensible, de la simple lectura del contrato, sin necesidad de ocurrir, para demostrarla, a otras piezas del proceso o elementos probatorios, sin que sea susceptible de interpretación ni de discusiones".

El segundo de tales presupuestos aparece como directa imposición de la necesidad de continencia procesal, por razón de la cual no es lícito al juzgador el pronunciarse sobre puntos que nada tienen que ver con la sujeta materia de la relación jurídica debatida.

Y el tercero, emerge naturalmente de un derecho primordial de defensa: el que toda persona tiene a que los actos de la vida jurídica de que ha sido autor o en que es parte, y en cuya eficacia se supone interesada o comprometida, no puedan ser aniquilados a sus espaldas.

4. En el caso *sub judice*, el sentenciador halló que no se cumple el requisito de *aparecer de manifiesto* la referida nulidad absoluta en el contrato contenido en la escritura número 365 de 12 de septiembre de 1949; y esa conclusión es exacta. Porque, la afirmación que en tal acto hicieron las partes, de estar la finca en pleito, no demuestra por sí misma que el bien tuviese respecto del vendedor Antonio González Poveda la calidad de objeto de ilícita enajenación.

5. Cuando el artículo 1521 del Código Civil dispone que "Hay un objeto ilícito en la enajenación... de las especies cuya propiedad se litiga, sin permiso del Juez que conoce en el litigio", está contemplando una situación jurídica, cuya realidad no depende de la simple afirmación de quienes contratan, sino que ha de probarse por medios adecuados al efecto. Tal el atestado acerca de la inscripción de la demanda en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, preceptuada por el artículo 2º de la Ley 38 de 1945, en tratándose de "demanda civil sobre el dominio u otro derecho real principal constituído sobre un inmueble o acerca de una universalidad de bienes en que figuren inmuebles", precepto éste, según el cual "verificada la inscripción por el Registrador, se considerará en litigio la cosa para los efectos del artículo 1521 del Código Civil", o también el comprobante del caso, expedido por el Juzgado que conoce del litigio, con arreglo al artículo 632 del Código Judicial.

6. Todo lo dicho quiere decir que el contenido de la escritura número 365 no evidencia por sí solo que el inmueble de que allí se trató tuviese la condición de objeto ilícito, esto es, que fuese patente por tal causa la nulidad absoluta de aquel contrato, sino que para verificarla tendría que recurrirse a medios de comprobación exteriores a la propia escritura, como serían las constancias de la Oficina de Registro a que alude el recurrente.

7. No hizo el Tribunal decir al instrumento, cosa distinta de lo que su texto expresa; sólo que leyéndolo como es, no lo halló suficiente a poner de manifiesto, sin necesidad de relacionarlo con elementos extraños, la circunstancia constitutiva de la referida nulidad absoluta. Se descarta así toda incidencia del juzgador en error de hecho al respecto; dado lo cual, no procede censura alguna desde el punto de vista de la valoración de la prueba, porque para que la declaración de parte tenga mérito conclusivo de confesión respecto de un hecho dado, debe ser suficiente e idónea, calidades que no reúne la manifestación que acerca de estar en pleito el inmueble hicieron los contratantes en la escritura número 365 aludida.

8. A todo lo cual ha de agregarse que, en la especie de que se ocupa el recurso, falta otro de los presupuestos necesarios a legitimar la declaración oficiosa de la nulidad absoluta, como es el de que sean parte en la litis todos los que lo fueron en el contrato respectivo; pues se observa que no son partes en este pleito los señores Antonio González Poveda y Nazario Correa Gutiérrez, quienes como vendedor y comprador, respectivamente, celebraron el contrato contenido en la escritura número 365 de 12 de septiembre de 1949, por lo cual mal podría, sin audiencia de los mismos, declararse de oficio la nulidad absoluta del referido contrato.

No proceden, pues, los cargos.

RESOLUCION:

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha cuatro (4) de agosto de mil novecientos sesenta (1960), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial*, y vuelva el proceso al Tribunal de origen.

Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

ESCRITURAS PUBLICAS

Hechos de que dan fe. — Causal 6ª de casación.

1. Es doctrina de la Corte la de que habiendo sido definida en el juicio una cuestión de nulidad procesal mediante providencia que la deniega, no puede ser objeto de censura en el recurso extraordinario con respaldo en la causal sexta de casación.

El ordinal 6º del artículo 520 del Código Judicial consagra uno de los motivos de casación in procedendo, consistente en haber ocurrido en el proceso una de las causales de invalidez contempladas en el precitado artículo 448 ,"siempre que la nulidad no haya sido saneada en conformidad con la ley", lo cual significa que si la casación no procede cuando, habiendo existido realmente la causal, ha quedado el proceso purificado de ella, según la ley, tampoco puede prosperar si el vicio no llegó a existir, y a esto equivale la denegación de una nulidad alegada por cualquiera de la partes.

2. Otorgada una escritura ante Notario y testigos, de acuerdo con los requisitos externos propios de tal especie de instrumentos públicos, las declaraciones contenidas en ella hacen fe entre las partes mientras no sean destruídas conforme a la ley. La escritura da fe de la comparecencia de las partes y del hecho de haberse formulado las declaraciones tal como aparecen en el texto. Así se trate de actos individuales, en los cuales sólo tiene interés quien los otorga, como de actos entre dos o más partes, en los cuales el interés es común, la declaración de no haber sido extendido el instrumento público que haga el único compareciente o uno de los comparecientes, mal puede probar que la escritura no se otorgó, si se halla revestida de los requisitos de ley, mientras no se pruebe lo contrario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, diez y siete de octubre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José J. Gómez R.).

María Laura García viuda de Perlaza contra Vicente García Tenorio y otros.

Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, fechada el 27 de julio de 1961.

Recurrente: la parte actora.

I

Antecedentes.

1. La escritura número 209 de 16 de marzo de 1934, de la Notaría Primera de Cali, contiene la venta celebrada entre Vicente García Bejarano, como vendedor, y Vicente García Tenorio, Francisco Antonio García Tenorio y Rosa García Tenorio de Brand, hijos legítimos del vendedor, como compradores, de los bienes siguientes:

a) El dominio de una casa construída de paredes de adobe y cubierta con teja de barro, con su correspondiente terreno, situada en el Barrio de Santa Rosa, de esta ciudad, en la calle novena, entre carreras diez y doce, marcada en sus puertas de entrada con los números novecientos doce (912) y novecientos catorce (914) de la actual nomenclatura de la ciudad; y alinderada así: "Por el oriente, o sea el frente, con la calle novena de esta ciudad, y mide por este lado trece metros noventa centímetros (13.90 mts.); por el occidente, con solar de la casa de la señora María Josefa Martínez, midiendo de centro o fondo, más o menos, treinta y cuatro metros diez y seis centímetros (34.16); por el norte, con solares de la casa de Encarnación Palomino

y herederos de Blas Casas; por el sur, con casa que fue de los herederos de Félix Lozano y que hoy pertenece al señor don José Miguel Curi", y

b) El dominio de un lote de terreno de ocho fanegadas con tres mil ciento cincuenta varas cuadradas, que hizo parte integrante del globo comunero denominado "Lomas Altas de Meléndez", ubicado dicho lote de terreno en jurisdicción de este Municipio, y localizado al principiar las lomas, siendo los linderos especiales de dicho lote de terreno estos: "Por el norte, por el occidente y por el sur con terrenos de Miguel Calera, dentro de los cuales queda incrustado dicho lote, y por el oriente con los terrenos planos de El Chorro".

2. Vicente García Bejarano casó en primeras nupcias con Visitación Sierra, en quien hubo a María Laura García Sierra o María Laura viuda de Perlaza, nacida el 26 de junio de 1876; fallecida la cónyuge, el sobreviviente casó de nuevo con Eloísa Tenorio el 14 de octubre de 1885, y de este enlace nacieron los demandados en el presente juicio. Murieron luego ambos consortes (marzo 21 de 1934, el marido, y febrero 22 de 1950, la esposa).

3. En 22 de noviembre de 1952 María Laura García viuda de Perlaza, en su nombre y en el de la sucesión de su padre legítimo, Vicente García Bejarano, demandó en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cali a Vicente García Tenorio, Francisco Antonio García Tenorio y Rosa García Tenorio de Brand, vecinos del Municipio de Cali, para que en relación con diez extensas y difusas peticiones se declare:

a) Que el contrato contenido en la citada escritura número 209 es nulo, porque el vendedor no rogó a testigo alguno con el objeto de que la firmase por él, ya "que no podía rogar por encontrarse postrado de gravedad y de enfermedad de aquellas que afectan el discernimiento y la capacidad de la voluntad para consentir", o sea la "debilidad senil equivalente en el caso de autos a la demencia senil";

b) Que es igualmente nulo dicho contrato por cuanto en el vendedor no hubo intención de enajenar, ni en los compradores de adquirir a título de venta, "sino la de incautarse los bienes del señor Vicente García Bejarano, sin precio estipulado por las partes ni entregado por los compradores ni recibido por éste";

c) Que por las causas expresadas, los bienes continuaron en la pertenencia de García Bejarano, hasta su muerte, acaecida el 21 de marzo de 1934, y de esta fecha en adelante en la sucesión del mismo y en la sociedad conyugal que tuvo con su segunda esposa, Eloísa Tenorio de García Bejarano;

d) Que las anteriores peticiones se formulan "en armonía con la petición de herencia", para que a María Laura López o María Laura García viuda de Perlaza "se le considere como heredera de su padre, con derecho a recibir de los bienes del difunto la porción que le corresponde como hija legítima";

e) Que se mermen las asignaciones de los demandados en la doble sucesión de los cónyuges Vicente López o García López y María Laura López o García viuda de Perlaza, en cuanto sea necesario para integrar la hijuela de la demandante;

f) Que se declare que los demandados son indignos de suceder a su padre, en razón de "la dolosa facción de la escritura número 209, de 16 de marzo de 1934", y se atribuyan a la actora las porciones de los bienes que a ellos habría de corresponderles al declararse la nulidad de la venta; que a los demandados debe considerárseles como poseedores de mala fe, "para efectos de mejoras y quedando obligados, además, al pago de perjuicios", y que los mismos son igualmente responsables de las cargas fiscales con que resulten gravados los bienes al ser considerados como pertenecientes a las sucesiones aludidas, y

g) Como petición subsidiaria: que se "declare la inexistencia de la escritura número 209 de 16 de marzo de 1934, de la Notaría Primera del Circuito de Cali, aludida en los hechos, con todas las consecuencias que sean lógicamente aceptables de los extremos principales, como la petición de herencia y la reducción de las asignaciones en las sucesiones acumuladas de que se viene hablando, hasta completar la asignación de mi mandante, con sus frutos naturales y civiles".

De los cincuenta y ocho hechos, causa de las acciones, la sentencia del Tribunal entresacó los siguientes como sustanciales:

"1º El 22 de enero de 1851 nació en la vecina población de Yumbo el señor Vicente García Bejarano, hijo natural de la señora Adelaida López, la misma persona que acostumbró en vida usar los nombres de Vicente López o Vicente García Bejarano.

"2º En el año de 1875 el señor Vicente García Bejarano contrajo en esta ciudad matrimonio católico, y posteriormente, en 1878, matrimonio civil con la señora Visitación Sierra.

"3º De este matrimonio nació mi poderdante como hija única, señora María Laura García viu-

da de Perlaza o María Laura López viuda de Perlaza.

"4º El señor Vicente López o Vicente García Bejarano, a causa de haber enviudado de la señora Visitación Sierra, quien falleció en el año de 1883, contrajo matrimonio en segundas nupcias con la señora Eloísa Tenorio en el año de 1885.

"5º Sin haberse liquidado la sociedad conyugal del primer matrimonio y con dineros adquiridos durante él el señor Vicente García Bejarano adquirió varios bienes raíces en este Municipio, entre ellos una casa situada en el Barrio de Santa Rosa, de esta ciudad, en la calle 9ª, entre carreras 10 y 12, en la antigua nomenclatura con los números 912 y 914, y en la actual con los números 10-42 y 10-48, y alinderada así: por el oriente, o sea la calle 9ª de esta ciudad, en una extensión de trece metros noventa centímetros; por el occidente, con solar de la casa de la señora María Josefa Martínez, con un fondo más o menos de treinta y cuatro metros treinta y seis centímetros; por el norte, con solar de la casa de Encarnación Palomino y herederos de Blas Casas, y por el sur, con casa que fue de los herederos de Félix Lozano, y que hoy pertenece a los herederos de José Miguel Kuri.

"6º También adquirió ocho fanegadas con tres mil ciento cincuenta varas cuadradas (8 f. 3.150 v^2), segregadas al antiguo comunero 'Lomas Altas de Meléndez', ubicado dicho lote de terreno en jurisdicción de este Municipio, y localizado al principiar las lomas, comprendido dentro de los siguientes linderos: por el norte, por el occidente y por el sur con terrenos de Miguel Calero, dentro de los cuales queda incrustado dicho lote, y por el oriente con los terrenos planos de 'El Chorro', inmueble que fue adquirido por el causante por medio de la escritura número 59 de 25 de enero de 1921, de la Notaría 1ª de este Circuito de Cali, y mediante protocolización del juicio de división del comunero 'Lomas Altas de Meléndez', protocolizado en la misma Notaría por escritura número 466 de 26 de junio de 1912, de la misma Notaría.

"7º Adquirió también el causante Vicente López o Vicente García Bejarano unas considerables prestaciones por concepto de indemnización de perjuicios y otros créditos contra los señores Gerardo y Jacinto Martínez, por sentencias dictadas por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali, y resueltas favorablemente en recurso de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 19 de mayo y 11 de diciembre de 1933.

"8º Del matrimonio celebrado por el señor Vicente López o Vicente García Bejarano con la señora Eloísa Tenorio nacieron como hijos legítimos los señores Vicente García Tenorio, Francisco Antonio García Tenorio y Rosa García Tenorio de Brand, todos los cuales son hoy personas de edad madura y avecindados en esta ciudad.

"9º El día 20 de marzo de 1934 falleció en esta ciudad, como consecuencia de desgaste natural o debilidad senil como reza el certificado médico, el señor Vicente López o Vicente García Bejarano.

"10. Cuatro días antes del fallecimiento del señor Vicente López o Vicente García Bejarano, con sus hijos legítimos, Francisco Antonio García Tenorio, Vicente García Tenorio y Rosa García Tenorio de Brand, con mediación del Notario Primero principal de este Circuito, señor Vicente Bustamante C., y preformada en la Notaría el 16 de marzo de 1934, llevaron ante el lecho del enfermo, casi moribundo, señor Vicente López o Vicente García Bejarano la escritura número 209 de esta ciudad, y sin haber sido redactada por el causante, ni haber rogado firmar a ninguna persona por él, estando postrado de debilidad senil o demencia senil, inhibido en sus facultades mentales el presunto otorgante, trataron de hacer aparecer los demandados que el causante dicho les otorgaba escritura de todos los bienes por él adquiridos y poseídos durante su vida, en un acto aparentemente solemne pero absolutamente nulo o inexistente, por absolutamente simulado con el pacto tácito y doloso de desheredar a mi poderdante María Laura López García viuda de Perlaza, hija legítima del primer matrimonio del señor Vicente López o Vicente García Bejarano, como lo pediré en una forma o en otra, no en súplicas alternativas pero sí principal para lo primero y subsidiaria por lo segundo.

"11. En efecto, en el instrumento absolutamente nulo, por carencia de consentimiento del presunto vendedor y de formalidades en el instrumento, y por causa ilícita, se trata de hacer aparecer (escritura 209 de 16 de marzo de 1934 ya citada) que dictado por comparecencia del anciano en la Notaría, quien se encontraba postrado sin aclarar ni explicar, que fue llevada la escritura al lecho del preagónico, y sin hacer constar el estado de enfermedad tan grave del presunto otorgante, quien falleció cuatro días después del supuesto otorgamiento, dejándose la constancia en él, apenas, de un impedimento físico que le obligaba a rogar al testigo Rafael Otero E., cosa, repito, no ocurrida jamás, como lo demuestro en el hecho siguiente".

4. Los fallos de instancia le fueron desfavorables a la parte actora, a quien el de segundo grado impuso las costas.

Recurrido por ella en casación, fue formulada la demanda oportunamente. La parte opositora no dio respuesta a ella.

II

La sentencia acusada.

5. Examina lo referente a la nulidad impetrada por la doble razón de la incapacidad de que adolecía, a juicio de la parte demandante, Vicente García Bejarano, en la fecha del otorgamiento de la escritura número 209, y de la simulación del contrato que en ella se hizo constar.

Expone que las únicas pruebas aducidas por la actora son los pliegos de posiciones absueltas extrajudicialmente por los demandados, a petición de Laura García viuda de Perlaza, la actora.

Analiza la dicha prueba, pero sin negarle algún mérito, no llega a atribuírle el necesario para demostrar ninguna de las pretensiones de la demanda.

III

La acusación de la sentencia.

En demanda de casación bastante ajena a la técnica del recurso, se formulan cuatro cargos. Los dos últimos tocan con la nulidad del procedimiento, y por esto la Corte se refiere a ellos primeramente.

Cargos tercero y cuarto.

Cargo tercero.

6. Está enunciado así:

"Acuso la sentencia recurrida del Tribunal del Distrito Judicial de Cali por violación de los artículos 26 y 52 del Título III de la Constitución como partes del Código Civil, causándose la nulidad constitucional o de la inexistencia de lo actuado en este juicio y en el fallo, según habrá de establecerse adelante. Señalo también las violaciones de los artículos 4º, 5º y 7º de la Ley 153 de 1887; del artículo 5º de la Ley 57 de 1887; de los artículos 455, 471, 745 y 746 del Código Judicial, y la violación por interpretación errónea del artículo 1º del Decreto-ley 0243 de 1951, como sustantivos que son con trascendencia al artículo 26 de la Constitución, incorporado al Código Civil".

Luego se inicia así el desarrollo del cargo:

"En este negocio al dictarse el término probatorio el expediente entró al despacho del Juez Segundo Civil del Circuto de Cali, en solicitud de reposición y apelación subsidiaria. Los autos permanecieron al despacho fuera del conocimiento y disposición de las partes desde el día 3 de junio de 1954 hasta el 14 del mismo mes y año, cuando empezó la notificación del 'apertorio a pruebas' del 26 de mayo de 1954 (fls. 84, cuad. 1º y 5º de pruebas del actor). El Tribunal de Cali declaró precluído el término para pedir pruebas el 10 de junio del mismo año por medio de providencias del 19 de abril y 22 de septiembre de 1955, como se ve a folios 108 y 116 del cuaderno 1º. Según esto, quedó suprimido el término de prueba antes de ser notificado".

Cargo cuarto.

Consiste en la violación del ordinal 3º, artículo 448 del Código Judicial, y la causa es la misma invocada en el cargo anterior.

Se considera:

7. La acusación por nulidades procesales en el recurso de casación, sólo puede tener lugar a través del motivo sexto del artículo 520 del Código Judicial, esto es, "por haberse incurrido en algunas de las causales de nulidad de que trata el artículo 448, siempre que la nulidad no haya sido saneada en conformidad con la ley".

Por consiguiente, el tercer cargo, por violación de los artículos 26 y 52 de la Carta y otros de las Leyes 57 y 153 de 1887, del Código Judicial, y del Decreto-ley número 243 de 1951, y el cuarto, por infracción del artículo 448 del Código Judicial, son improcedentes por cuanto, enderezándose a la casación por razones de nulidad en el procedimiento, concerniente a la causal sexta, lo han sido con invocación de violaciones directas de la ley, que atañen a la primera.

Por otra parte, la declaración de nulidad promovida por la demandante, a causa de la negación de las pruebas por ella solicitadas, por haberlo sido extemporáneamente, fue fallada según consta en autos ejecutoriados del mismo Tribunal, fechados el 28 de julio de 1958 (fl. 101, v. C. 6º), 11 de marzo (f. 118 ib.) y 13 de mayo (f. 119, vt. ib.) de 1960. De modo que aun cuando se tratase de un motivo de nulidad de los contemplados en el artículo 448 del Código Judicial y se hubiese invocado la causal sexta, la cuestión quedó decidida en tal forma. Es doctrina de la Corte la de que habiendo sido definida en el juicio una cuestión de nulidad pro-

cesal mediante providencia que la deniega, no puede ser objeto de censura en el recurso extraordinario con respaldo en la causal sexta de casación.

El ordinal 6º del artículo 520 del Código Judicial consagra uno de los motivos de casación *in procedendo*, consistente en haber ocurrido en el proceso una de las causales de invalidez contempladas en el precitado artículo 448, "siempre que la nulidad no haya sido saneada en conformidad con la ley", lo cual significa que si la casación no procede cuando, habiendo existido realmente la causal, ha quedado el proceso purificado de ella, según la ley, tampoco puede prosperar si el vicio no llegó a existir, y a esto equivale la denegación de una nulidad alegada por cualquiera de las partes.

Por tanto, son improcedentes el tercero y cuarto cargos.

Primero y segundo cargos.

Estos cargos se formulan, respectivamente, por errores de hecho y de derecho en el examen de las posiciones absueltas extrajudicialmente por los demandados (fs. 22 y ss., C. 1º).

8. Así se plantea la acusación en cuanto al error de hecho:

"El Tribunal de Cali incurrió en la sentencia en error de hecho manifiesto en los autos: al no estudiar plenamente las confesiones extrajudiciales que contienen los pliegos de Rosa García Tenorio de Brand, Vicente García Tenorio y Francisco Antonio García Tenorio, principalmente las singularizadas con los ordinales décimocuarto, en las posiciones respectivas de los dos primeros, y décimaoctava del pliego del último, donde todos confirman el estado agónico y consecuencialmente la imposibilidad de consentir y de actuar del causante, señor Vicente García Bejarano, en el acto de la supuesta escritura 209 de 16 de marzo de 1934, de la Notaría Primera de Cali, objeto del pleito. En el mismo error de hecho manifiesto en los autos incurrió el Tribunal al no referir a estos elementos de certidumbre por ignorarlos, las otras confesiones y las contradicciones que los pliegos contienen debiendo valorarlos, por esto, como plena prueba. También incurrió la sentencia en error de hecho manifiesto en el proceso al ignorar: todo el haz de pruebas, inclusive las escritas ejecutoriadas; por no conocer el memorial del doctor Albán Plata que obra a folios 17 del cuaderno 5º, apelando de un auto de probanza inexistente; por ignorar los informes del Secretario del Juzgado Segundo Civil del Circuito al pie de ese memorial y de los autos que decretaron pruebas del actor; y por ignorar también el certificado que obra a folios 36 del cuaderno de segunda instancia, evidenciando que aquellos autos no fueron apelados y están ejecutoriados".

Y más adelante:

"Deben estudiarse también las siguientes posiciones correspondientes al pliego de Vicente García Tenorio, tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima, décimacuarta, décimasexta, décimaseptima, décimaoctava, décimanovena. Del pliego del señor Francisco Antonio García Tenorio las posiciones tercera, quinta, décimatercera, décimacuarta, décimasexta, décimaseptima, décimaoctava, décimanovena, vigésima".

A causa de los errores de hecho alegados, se infringen los artículos 471, 593, 594, 604, 609, 630 y 631 del Código Judicial, 1025, 1037, 1495, 948, 1321, 1501, 1502, 1508, 1741, 1757, 1760, 1864, 1849 del Código Civil, 85 de la Ley 153 de 1887 y 18 de la Ley 45 de 1936.

9. El error de derecho radica en la valoración de las mismas pruebas, con quebranto de los artículos 604, 609, 630 y 632 del Código Judicial, como medio causante de la violación de la ley sustantiva, contenida en las disposiciones antes citadas.

Dice la acusación:

"Frente a las confesiones sobre el estado agónico o moribundo del causante en el acto de la escritura 209 de 16 de marzo de 1934; sobre la falta de precio; sobre la intención de liquidar a espaldas de los interesados una sociedad conyugal; las contradicciones sobre: la no existencia del acto escriturario; sobre el perfecto estado de salud del agónico; sobre la no existencia de bienes disponibles a la hora de la escritura 209; todo esto, valorado con los certificados de registro; con la misma escritura 209 acompañada a la demanda; con la partida de defunción que contiene la causa del deceso por debilidad senil del causante, todo esto le da a aquellas confesiones fuerza suficiente de plena prueba, como rodeadas tales confesiones de las circunstancias gravísimas del perjurio, y así el Tribunal debió declarar: que estaban probadas la carencia de precio; la maniobra de los demandados de hacer aparecer interviniendo en la escritura 209 a un presunto otorgante que se encontraba en estado agónico, imposibilitado para consentir, y probado también el acto írrito de tratar de liquidar una sociedad conyugal sin intervención de los cónyuges con perjuicios del fisco y de la actora. Pero el Tribunal de Cali desconoció esa relación

conjugativa de todo el haz de pruebas, inclusive las escritas".

Se considera:

La sentencia examina las pruebas referidas, o sean los pliegos de posiciones absueltas por los tres demandados, y las halla insuficientes en orden a demostrar los hechos generadores de las acciones introducidas, o sea la nulidad por incapacidad absoluta del vendedor, que se dice debida a demencia senil, y la simulación de la venta.

10. Para que existiese error de hecho en la estimación de las expresadas probanzas, se requeriría que de éstas surgiera incontrovertible la prueba plena de la incapacidad del vendedor o de la simulación del contrato. Y la verdad es que esa prueba no aparece, si bien las aducidas no dejan de componer algunos indicios de tales extremos. La apreciación del Tribunal, de no existir prueba plena, está respaldada precisamente en los hechos indiciarios aludidos, únicos elementos encaminados a la demostración de la incapacidad del vendedor o la apariencia del contrato de venta.

En efecto:

De los dichos pliegos de posiciones absueltas por los tres demandados, se sigue:

a) En relación con lo primero, esto es, la incapacidad, no hay en autos la menor prueba sobre el estado mental en que, según la demanda, se hallaba Vicente García Bejarano el día del perfeccionamiento de la compraventa. Los absolventes admiten que venía enfermo de tiempo atrás, pero en el entero uso de sus facultades mentales. Cuantas preguntas se encaminaron a establecer el hecho contrario, recibieron una rotunda negativa. Si el acta de defunción habla de demencia senil, como causa de la muerte, aparte del valor relativo de la partida al respecto, el error de hecho alegado no comprende el acta del fallecimiento de García Bejarano.

b) En lo que respecta a la simulación, no la demuestra el simple hecho de haber fallecido el vendedor sin dejar dinero, según respuestas de Rosa García Tenorio de Brand (pregunta 12ª, f. 21, v. C. 1º) y de Francisco Antonio García Tenorio (pregunta 13ª, f. 27 ib.).

Tampoco la circunstancia de no haber recibido García Bejarano suma alguna en los ochos días anteriores a su muerte, según atestaciones de los mismos demandados (preguntas 11ª y 14ª, fs. 21, v. y 27, C. 1º, respectivamente), circunstancia que apenas si sería un indicio de que la venta fuera ficticia, mas tampoco al punto de precisar la especie de simulación, si absoluta, si relativa, que la demandante tampoco especificó ni en los hechos ni en las peticiones de la demanda.

c) La demandada Rosa García Tenorio de Brand afirma al responder a la pregunta 16ª (f. 22 C. 12): "No es cierto que se haya otorgado escritura"; y al contestar a la siguiente: "No se hizo ninguna escritura, ni se llevó ningún Notario"; y ello, con referencia, tanto las preguntas como las respuestas, a la escritura de venta de que trata este proceso.

Y el demandado Vicente Tenorio Bejarano, por su parte, al dar respuesta a la posición 16ª (f. 24, C. 1º) negó igualmente que se hubiese otorgado el instrumento, pero al contestar a la 17ª dijo: "No es cierto, y aclaro: la escritura de compra se hizo estando mi padre en perfectas condiciones de salud, y no recuerdo si estuvo en la Notaría o fue el Notario a la casa".

Otorgada una escritura ante Notario y testigos, de acuerdo con los requisitos externos propios de tal especie de instrumentos públicos, las declaraciones contenidas en ella hacen fe entre las partes mientras no sean destruídas conforme a la ley. La escritura da fe de la comparecencia de las partes y del hecho de haberse formulado las declaraciones tal como aparecen en el texto. Así se trate de actos individuales, en los cuales sólo tiene interés quien los otorga, como de actos entre dos o más partes, en los cuales el interés es común, la declaración de no haber sido extendido el instrumento público que haga el único compareciente o uno de los comparecientes, mal puede probar que la escritura no se otorgó, si se halla revestida de los requisitos de ley, mientras no se pruebe lo contrario.

Por ello, de la negación repetida de uno de los absolventes, y las contestaciones contradictorias de otro de ellos, no se induce el hecho de no haberse autorizado por el Notario ni otorgado por Vicente García Bejarano, Vicente y Francisco Antonio García Tenorio y Rosa García Tenorio de Brand, la escritura número 209; ni tampoco el de ser simulada, absoluta o relativamente, la venta de que da cuenta.

Estos hechos y circunstancias los aprecia el sentenciador, con el resultado de no constituír, a su juicio, la prueba plena requerida de las acciones incoadas, y la Corte no puede revaluar esa apreciación —que concierne a la autonomía de los Jueces de instancia— porque no hay error de hecho en ella, es decir, no existe la prueba material de la incapacidad ni de la simulación que el juzgador no hubiese examinado; ni de de-

recho, ya que no aparece el quebranto de ninguno de los preceptos de carácter probatorio citados en el cargo, que demuestre la errada valoración de dicha prueba.

Por lo cual tampoco son procedentes los expresados cargos.

DECISION:

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha veintisiete (27) de julio de mil novecientos sesenta y uno (1961), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el juicio ordinario seguido por María Laura García viuda de Perlaza contra Vicente García Tenorio y otros.

Sin costas en el recurso extraordinario, por no haberse causado.

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

Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

POSESION

Proponer o alegar una excepción implica el mismo acto procesal y el mismo efecto.

1. Proponer o alegar una excepción, sustancialmente, es lo mismo; implica el mismo acto procesal y el mismo efecto, si bien el artículo 341 del Código Judicial parece concretar la acción de proponer las defensas al memorial de respuesta de la demanda, al paso que la de alegarlas la refiere a todo el debate mientras no se haya citado para sentencia.

2. Dice el artículo 764 del Código Civil que "se llama posesión regular la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión", lo cual indica que el justo título y la buena fe caracterizan una especie de posesión cualificada, a la cual por ello mismo le atribuye la ley muy trascendentes efectos. Mas la posesión en sí considerada, esto es, como poder de hecho sobre las cosas, en virtud del cual el sujeto ejecuta actos materiales de goce y transformación, es el mismo fenómeno físico, trátese de posesión regular o irregular. De esta suerte, no bastan justo título y buena fe inicial para constituír o suponer el hecho de la posesión, que es conjunto de actos materiales ejecutados con exclusiva voluntad de dueño. Débese, por tanto, inquirir si del proceso resulta la prueba de tal estado objetivo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, diez y siete de octubre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José J. Gómez R.).

Juicio ordinario de Samuel Peñaranda contra Clelia Alvarado de Tascón.

Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, fechada el 8 de septiembre de 1961.

Recurrente: la parte demandada.

I

Antecedentes.

1. Este juicio da cuenta de las acciones petitoria de dominio y de reivindicación incoadas por Samuel Peñaranda contra Clelia Alvarado de Tascón, en relación con dos lotes de terreno denominados "La Lucha" y "La Constancia", ubicados en el paraje de Montegrande, jurisdicción del Municipio de San Pedro, determinados por los siguientes linderos: "La Lucha": sur, callejón que conduce a la carretera central del Valle; norte, propiedad que pertenece a los herederos de Teófilo Bedoya; oriente, propiedad del mismo Bedoya; occidente, callejón en medio, propiedad de Gregorio Tascón. Este lote consta de casa de habitación y dos enramadas. "La Constancia": norte, propiedad del doctor Jorge Humberto Tascón; sur, propiedad del señor Gregorio Tascón, Pedro Gil y Silverio Zúñiga; oriente, callejón en medio, propiedad de Fernando Bejarano, y occidente, propiedad de la señora Elena Montoya de Delgado. Este lote tiene una extensión de 8 fanegadas y tiene cultivos de pasto, plátano, café, caña dulce y guadua.

2. La *causa petendi* se hizo consistir en los siguientes hechos:

a) El actor compró a Daniel Hoyos los dichos inmuebles mediante escritura registrada número 385 de 27 de marzo de 1942, de la Notaría Primera del Circuito de Buga; Hoyos los adquirió de José Isaías, Herminia, Crescencia, Isabel, Ana Jesús, María Regina y Fidelia Arce Moreno; y éstos de su padre, Donato Arce o Escobar, según el juicio de sucesión protocolizado mediante instrumento 618 de 17 de octubre de 1918, de la misma Notaría; y el causante por compra, en

parte, a Trinidad Echeverri, de acuerdo con escritura número 266 de agosto 12 de 1913, y en parte a Rufina Zúñiga, según instrumento número 51 de febrero 5 de 1925, pasadas ambas escrituras en la citada Notaría de Buga.

b) De otro lado, Uldalino Tascón dijo transferir a Clelia Alvarado de Tascón "los derechos radicados en un terreno situado en el indiviso de Montegrande, jurisdicción del Municipio de San Pedro, lote que determinó bajo la siguiente alinderación: "norte, propiedad del doctor Jorge H. Tascón; sur, fundo de Gregorio Tascón, Pedro Gil y Silverio Zúñiga; oriente, callejón en medio, con fundo de Fernando Bejarano, hoy de Pedro Gil, y occidente, predios de Elena Montoya, Pedro Gil y Silverio Bejarano".

c) Clelia Alvarado de Tascón posee no solamente el fundo "La Constancia" sino también el conocido con el nombre "La Lucha", antes especificado, siendo así que ambos son de propiedad del demandante.

3. Se opuso la demandada con apoyo en la escritura número 601 de 11 de junio de 1942, de la Notaría primera de Buga, mediante la cual compró a Pedro Gil, quien a su vez lo adquirió de Lisímaco Tascón, según instrumento número 538 de 13 de septiembre de 1938, de la misma Notaría; y propuso las excepciones de "prescripción extintiva y adquisitiva extraordinaria".

4. Habiendo circunscrito la litis al terreno "La Constancia", por manifestación que hizo el actor en la diligencia de inspección ocular practicada por el Juzgado, el fallo de primer grado consideró prevalecientes los títulos de la demandada sobre los del demandante, por ser más antiguo el primero de los aducidos por ella.

El Tribunal del Distrito Judicial de Buga revocó dicho fallo; reconoció al demandante la propiedad del inmueble "La Constancia"; ordenó que le fuera restituído, así como los frutos, en relación con el tiempo posterior a la contestación de la demanda, frutos que deben regularse mediante el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial; impuso las costas de ambas instancias a la demandada y declaró no haber lugar a las demás declaraciones pedidas en el libelo que dio principio a esta litis.

La sentencia halla establecidos los elementos de la reivindicación con respecto al terreno "La Constancia", y concreta a él el examen de aquéllos. Al confrontar los títulos de uno y otro contendiente, encuentra mejores los del actor, con apoyo en las escrituras de adquisición y el hecho de la posesión. Y al examinar la excepción de usucapión extraordinaria, propuesta por la parte demandada al contestar el escrito inicial, no la halla establecida por falta de prueba de la posesión de uno de los antecesores de dicha litigante, quien invocó en su favor la adición de posesiones anteriores a la suya propia.

Recurrida en casación la sentencia del Tribunal por la misma parte, e introducida como fue oportunamente la demanda ante la Corte —a la cual no replicó el opositor— se decide sobre la impugnación formulada.

II

La acusación de la sentencia.

A través de tres cargos impugna el recurrente el fallo de instancia. El primero por incongruencia, y los demás por violación indirecta de la ley sustancial.

Primer cargo.

5. Este cargo es doble:

a) Por no haber resuelto sobre la acción de dominio en relación con el predio "La Lucha"; ya que, por una parte, la demanda lo comprende, y por otro el ordinal 5º de la parte resolutiva nada decidió al declarar: "No hay lugar a formular las demás declaraciones suplicadas", y

b) Por no haber fallado sobre la excepción de prescripción adquisitiva *ordinaria,* propuesta también por la demandada en el alegato de segunda instancia (f. 48 y v. C. 1º).

Se considera:

6. Realmente la demandada propuso al dar respuesta al libelo con que se inició la litis, la excepción de usucapión extraordinaria (f. 26, vt. C. 1º).

Además en el alegato de bien probado de la segunda instancia, dijo lo siguiente:

"A todo lo anterior debe agregarse que el título de la demandada, procede también del remate efectuado por Lisímaco Tascón en el ejecutivo que le adelantó Uldalino Tascón en el Juzgado Municipal de San Pedro, remate efectuado el 13 de mayo de 1938 y registrado el 17 del mismo mes, lo que por sí mismo pregona la intangibilidad de su título justo que, con la buena fe, presumible por mandato de la ley, permiten la simple prescripción adquisitiva ordinaria de 10 años (arts. 764, 765, 769 y 2528 del Código Civil)".

Sin duda, esta alegación envuelve de manera clara una nueva defensa: la prescripción adquisitiva *ordinaria,* pues de lo contrario no tendría explicación invocar un título justo y la buena fe presunta, elementos que "permiten la simple prescripción adquisitiva ordinaria de 10 años".

"El que quiera aprovecharse de una prescripción debe alegarla", reza el artículo 2513 del Código Civil; el 343 del Código Judicial, al disponer que el Juez debe reconocer toda excepción que resulte probada aunque no haya sido propuesta o alegada, exceptúa "la prescripción que debe siempre proponerse o alegarse", y el 341 de este Código agrega que "las excepciones perentorias pueden proponerse en la contestación de la demanda y alegarse en cualquiera de las instancias del juicio antes de la citación para sentencia".

Proponer o *alegar* una excepción, sustancialmente, es lo mismo; implica el mismo acto procesal y el mismo efecto, si bien el artículo últimamente mencionado parece concretar la acción de *proponer* las defensas al memorial de respuesta de la demanda, al paso que la de *alegarlas* la refiere a todo el debate mientras no se haya citado para sentencia.

Ahora bien, el planteamiento de la demandada, contenido en la parte inserta de su alegato de conclusión, fue formulado oportunamente y encierra de modo inequívoco la alegación del nombrado medio adquisitivo de la propiedad en su forma ordinaria, y por no haber decidido sobre él, la sentencia de instancia es incongruente, y debe por ello ser infirmada, sin que se requiera resolver sobre el aparte b) de este mismo cargo.

III

Sentencia de instancia.

7. Es, pues, el caso de examinar las pruebas relativas a dicha excepción:

a) El fallo funda el mejor derecho del actor, así: por la escritura número 385 de marzo 27 de 1943 compró a Daniel Hoyos J.; mediante el instrumento número 831 de noviembre 13 de 1940, a éste le vendieron Isaías Arce Moreno y otros; éstos lo hubieron en la mortuoria de Donato Arce Vidal o Escobar, a quien le vendió parte Rufina Zúñiga, según escritura número 51 de febrero 5 de 1925, y parte Trinidad Echeverría, de acuerdo con instrumento número 266 de agosto 12 de 1913. Los títulos fueron otorgados en la Notaría Primera del Circuito de Buga e inscritos en el Registro Público conforme a la ley.

b) La demandada funda la excepción, en cuanto a títulos, así: Pedro Gil le vendió "La Constancia" mediante escritura número 601 de 11 de junio de 1942 (f. 18, vt. C. 1º); Pedro Gil lo hubo a su turno por compra a Lisímaco Tascón, según instrumento número 538 de septiembre 13 de 1938 (f. 3, v. C. 3º); y este último lo adquirió en licitación pública verificada en el Juzgado Municipal de San Pedro el 13 de mayo de 1938, en juicio ejecutivo del mismo Tascón contra Uldalino Tascón (f. 21, C. 1º). Las escrituras públicas son de la citada Notaría de Buga.

c) Se tramitó un juicio de nulidad de este remate, promovido por Isaías Arce y otros contra el nombrado Lisímaco Tascón, juicio que recibió sentencia desfavorable a la demanda en la primera como en la segunda instancia, con fechas 18 de julio y 16 de septiembre de 1938, del Juez Municipal y del Circuito de Buga, respectivamente (fs. 22 y 25, C. 4º); y uno reivindicatorio de "La Constancia", entablado por Daniel Hoyos J. contra Pedro Gil, Lisímaco Tascón y otros, decidido igualmente en contra de la parte actora en sentencia de 23 de septiembre de 1941, del Juez Civil del Circuito, y 18 de febrero de 1943, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga (v. certificado del Registrador de Instrumentos Públicos del mismo Circuito).

d) Los mencionados títulos de adquisición de la demandada fueron inscritos debidamente en la Oficina de Registro del Circuito de Buga; la escritura número 601 (venta de Pedro Gil a la demandada) el 14 de abril de 1943 (f. 19, v. C. 1º); el instrumento número 538 (venta de Lisímaco Tascón a Pedro Gil) el 13 de septiembre de 1938 (fs. 21, C. 1º, y 5 v. C. 3º); y el acta de remate a favor de Lisímaco Tascón el 13 de mayo del mismo año (f. 21, C. 1º).

e) La identidad del inmueble se halla establecida tanto por la prueba que arrojan las inspecciones oculares de ambas instancias como por haber aceptado la demandada el extremo de la posesión en ella y por el hecho de haber apelado a la defensa de la prescripción adquisitiva.

f) Demuestran los tres instrumentos últimamente expresados la celebración de contratos de compraventa de dicho bien raíz, de conformidad con las normas legales. Tienen, por tanto, la calidad de títulos *justos* para los respectivos adquirentes, y en el caso de ahora, y para la demandada, el contenido en la escritura número

601, de 11 de junio de 1942, por medio del cual compró el fundo a Pedro Gil.

8. Según el artículo 768 del Código Civil, la buena fe como elemento de la posesión regular en general, "es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio"; y en particular con referencia a la posesión que se origina en un título traslaticio, "supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato". Y siendo así que, con el artículo 769 ib., "la buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria", concurre también en la posesión alegada por la demandada el referido elemento de la posesión regular, pues no hay demostración en autos del hecho contrario.

9. Dice el artículo 764, ibídem, que "se llama posesión regular la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión", lo cual indica que el justo título y la buena fe caracterizan una especie de posesión cualificada, a la cual por ello mismo le atribuye la ley muy trascendentes efectos. Mas la posesión en sí considerada, esto es, como poder de hecho sobre las cosas, en virtud del cual el sujeto ejecuta actos materiales de goce y transformación, es el mismo fenómeno físico, trátese de posesión regular o irregular. De esta suerte, no bastan justo título y buena fe inicial para constituír o suponer el hecho de la posesión, que es conjunto de actos materiales ejecutados con exclusiva voluntad de dueño. Débese, por tanto, inquirir si del proceso resulta la prueba de tal estado objetivo.

10. A) Según escritura aducida por la parte demandante, número 831 de 13 de noviembre de 1940 (f. 18, v. C. 2º), Herminia, Crescencia, Isabel, Ana de Jesús, María Regina y Fidelina Arce Moreno vendieron a Daniel Hoyos J. el lote de terreno llamado "La Constancia", y en tal instrumento hicieron las partes la siguiente declaración: "... que dichos lotes de terreno (refiriéndose a 'La Lucha' y 'La Constancia') los poseen en la actualidad los señores Lisímaco, Buenaventura, Abelardo, Aníbal y Rodolfo Tascón; que el señor Daniel Hoyos J. así los recibe para iniciar las acciones conducentes a obtener la reivindicación de ellos ante el poder judicial y a su costa...". Al juicio, fallado en contra del comprador, se hizo referencia anteriormente.

Tal declaración de los vendedores —antecesores del actual demandante, a quien por lo mismo perjudica— demuestra que los tradentes de Daniel Hoyos J. no eran quienes poseían "La Constancia" a la fecha de la escritura —noviembre 13 de 1940— sino Lisímaco Tascón y otros, causante el primero de Pedro Gil, y éste de la demandada en el litigio actual. Por lo cual la cláusula inserta prueba plenamente el hecho de la posesión en esa época en favor de Lisímaco Tascón, tradente de Pedro Gil, y éste de la demandada.

B) Tal hecho se halla confirmado por la certificación del Registrador de Instrumentos Públicos de Buga (f. 9, C. 4º), quien da testimonio de que Daniel Hoyos J. —para quien sus tradentes no poseían en aquel año— siguió juicio reivindicatorio de "La Constancia" a Pedro Gil, Lisímaco Tascón y otros, tal como fue previsto en la declaración de la citada escritura, juicio fallado en favor de éstos, según sentencias antes citadas del Juez del Circuito y del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, fechadas el 23 de septiembre de 1941 y el 18 de febrero de 1943.

Si los Arce no poseían el bien objeto de la acción persecutoria al otorgamiento de la escritura número 831 de 13 de noviembre de 1940, por medio de la cual aquéllos vendieron a Daniel Hoyos J., es lógico suponer que tal estado de cosas prosiguió durante la litis, de modo que cuando Pedro Gil le vendió a Clelia Alvarado de Tascón, en junio de 1942, la posesión correspondía a aquél y a los demás demandados en el litigio reivindicatorio.

C) La posesión actual de la demandada —que la supone la acción de dominio— aparece aceptada por aquélla y verificada en las inspecciones oculares (f. 5, C. 2º, y f. 4, C. 4).

11. Ahora bien: en conformidad con el inciso tercero del artículo 780 del Código Civil, "si alguien prueba haber poseído anteriormente, y posee actualmente, se presume la posesión en el tiempo intermedio".

Esta presunción es *legal*, y puede, por tanto, ser desvirtuada mediante la prueba de que otro poseyó en el tiempo intermedio.

En el presente caso no se ha demostrado tal extremo. El demandante adujo algunos testimonios tendientes a demostrar que los Tascón desalojaron violentamente a Isaías Arce de la parcela en referencia. Mas Alfonso María Aguirre sitúa el hecho diez años antes, es decir, en 1950, lo cual demostraría que después de tener la po-

sesión los antecesores de la demandada, y esta misma, puesto que adquirió en 1942 y recibió entonces de su vendedor la posesión del fundo, ocuparon los Arce el terreno "La Constancia". Alfonso Aguirre (f. 7, C. 2) sitúa el acontecimiento en forma imprecisa al decir que tuvo lugar "con posterioridad a 1938". Issac Carrión (f. 8 ib.) no determina tampoco la época. Ricardo Gómez (f. 9 ib.) declara de oídas, pero afirma haber conocido a Lisímaco Tascón y a su familia poseyendo el terreno, y dice ignorar las causas por las cuales llegaron a poseerlo. Obdulio Alvarado (f. 9 ib.) asegura haber conocido a los antecesores de los Arce poseyendo el inmueble, pero dice ignorar la época y los motivos por los cuales aquéllos no continuaron en la posesión de él.

De lo cual se sigue: hallándose fechado el 11 de junio de 1942 el título justo de la demandada; no habiendo sido destruída la presunción de buena fe que protege la posesión que invoca; probado como está que sus antecesores poseyeron el fundo y la misma demandada también, como antes se expuso, y teniendo presente la presunción de posesión en el tiempo intermedio, el lapso transcurrido a partir de su título y además la adición de posesiones, por si fuere necesario, aparece establecida la usucapión ordinaria, sobre cuya oportuna alegación no resolvió el fallo de instancia.

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia de fecha ocho (8) de septiembre de mil novecientos sesenta y uno (1961), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en el juicio ordinario seguido por Samuel Peñaranda contra Clelia Alvarado de Tascón, y como Tribunal de instancia,

RESUELVE:

Primero. Confírmase el fallo del Juez Primero Civil del Circuito de Buga, de fecha treinta (30) de junio de mil novecientos sesenta (1960), en el juicio ordinario de Samuel Peñaranda contra Clelia Alvarado de Tascón.

Segundo. Se condena en las costas de las instancias a la parte actora. No se hace condena especial en las del recurso extraordinario.

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

Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

LA VIOLENCIA GENERALIZADA COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO

No se confunde con la lesión de ultra mitad. — Son los hechos la causa eficiente de la acción.

1. A la autonomía de la voluntad como base de la contratación repugna el consentimiento determinado por la violencia. Es porque así el contrato se quiere no por obra de la voluntad espontánea y libre sino para evitar el mal que se teme, y a impulsos del miedo. Nada más en desacuerdo con la libertad contractual, con el orden y sosiego de las gentes y con los cimientos mismos del régimen jurídico.

Toda la teoría de la coacción moral como vicio del consentimiento se encamina a suprimir los efectos del negocio ajustado bajo el peso de situaciones de hecho limitativas en tal grado de la autonomía de quien se obliga, que de otra manera no habría contratado, habida consideración de sus circunstancias personales y del medio en que actúa, aunque la violencia y su intensidad no dependan del otro contratante sino de extrañas personas, y aun en trances conflictivos dependientes nada más que de las fuerzas de la naturaleza. El examen conduce a precisar si la víctima vio su libertad suprimida o gravemente menguada como consecuencia del temor originado en la amenaza o cualquier género de coacción lesiva de su esfera jurídica y moral, en su propia persona, en su hogar, en el campo de sus mejores afectos, o en sus bienes por el aspecto simplemente patrimonial o económico. Es cuestión de equidad que concretamente debe apreciarse por el Juez en ejercicio de los poderes discrecionales que le incumben, sin exceder los límites generales señalados por las normas sustantivas.

Estas son claras en el ordenamiento civil. Una persona no se obliga a otra por acto o declaración de voluntad cuando su consentimiento adolece de vicio (2º, 1502); vicio del consentimiento constituye la fuerza si "es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo o condición"; "se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave" (1513); y "en caso de perturbación del orden público que haya dado lugar a la declaratoria del estado de sitio por conmoción interior, se tendrá como fuerza que vicia el consentimiento cualquier aprovechamiento que del estado de anormalidad se haga en la celebración de un acto o contrato que se traduzca en condiciones tan desfavorables que hagan presumir que en circunstancias de libertad jurídica no se hubiera celebrado". En estos términos fue "aclarado el sentido y alcance del artículo 1513 del Código Civil, en cuanto al consentimiento viciado por un estado de violencia generalizada" (1º, Ley 201 de 1959).

El texto interpretativo de 1959 no ha hecho otra cosa que revelar el contenido doctrinal, científico y profundamente humano, por lo equitativo, en que desde 1873 el Código Civil viene inspirado de las mejores fuentes. Siempre ha sido así desde cuando empezó a regir. Pero la coyuntura de violencia generalizada en algunas regiones del país ha sido conducente a que el legislador, además de dar énfasis al vicio del consentimiento originado en fuerza ajena a la voluntad de los contratantes, venga a encontrar su demostración ante la justicia por la inferencia fundada en desventaja económica tan significativa para alguna de las partes, que haga entender que el negocio no se habría celebrado "en circunstancias de libertad jurídica".

No es ciertamente la teoría de la lesión de ultra mitad que tiene su propio régimen. Son las condiciones desfavorables del negocio como prueba de estar viciado el consentimiento por la violencia dentro de perturbación del orden público que funda el estado de sitio por conmoción

interior. Es la juridicidad que reivindica su imperio civilizador frente a la fuerza que retrograda a estados antisociales.

2. Son los hechos la voz del derecho y la causa eficiente de la acción. Si están probados incumbe al Juez calificarlos jurídicamente en la sentencia y proveer en conformidad, no obstante los errores de las súplicas: da mihi factum, dabo tibi ius.

Tal es la doctrina repetida de la Corte.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil. — Bogotá, diez y siete (17) de octubre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez).

Por libelo notificado el 22 de septiembre de 1959, Antonio Sánchez demandó al Presbítero doctor Camilo Trujillo con estas súplicas:

a) Que se decretara "la rescisión por lesión enorme" de la venta hecha por el actor al demandado del inmueble de "Camancha", vereda de Guasimal, Municipio de Coper, por los linderos que expresa la escritura pública 732, otorgada en la Notaría 2ª de Chiquinquirá el 8 de septiembre de 1953.

b) Que como consecuencia se declarara al demandado en la obligación de restituír o pagar al demandante, tres días después de la ejecutoria del fallo, "el valor de los frutos percibidos desde la fecha de esta demanda, los cuales serán apreciados por peritos, nombrados de acuerdo con la ley".

c) Que "sólo en el caso de que el demandado pague el complemento del precio hasta completar el valor comercial de la finca y de los frutos percibidos, se consolidará la validez del contrato de compraventa estipulado en la escritura que constituye el título de propiedad correspondiente".

d) Que "si el demandado se opone, se le condene en las costas del juicio".

"Y subsidiariamente, que si el comprador demandado, Presbítero doctor Camilo Trujillo, hubiese vendido el inmueble materia de esta demanda por más de los $ 25.000.00 que había pagado por él, mi poderdante, señor Antonio Sánchez, primer vendedor, tiene derecho a que se le reconozca y pague el excedente, con reducción de una décima parte".

Como causa para pedir hizo afirmaciones que aparecen así:

A manera de súplica segunda, expresa el libelo que "la lesión enorme que causa la rescisión del contrato de compraventa relacionado en la declaración anterior, consiste en que el vendedor, Antonio Sánchez, transfirió al comprador, Presbítero doctor Camilo Trujillo, el dominio del expresado inmueble por el precio de $ 25.000.00 m/c., precio inferior a la mitad del valor comercial del inmueble materia de la compraventa, cuya cabida es mayor de 200 fanegadas de terreno, apreciadas a razón de $ 300.00 cada fanegada a tiempo de otorgarse la escritura o título de transferencia de dominio, el 8 de septiembre de 1953, o sea por menos de la mitad del valor de $ 60.000.00 m/cte., que era su verdadero valor comercial al tiempo de la enajenación".

Después dice:

"Fundo la presente demanda en los siguientes *hechos:*

"1º Cuando se otorgó la escritura número 732 de 8 de septiembre de 1953, ante el Notario 2º de Chiquinquirá, por la cual Antonio Sánchez vendió al Presbítero Camilo Trujillo la finca inmueble denominada 'Camancha', ubicada en la vereda de Guasimal, del Municipio de Coper, comprensión del Circuito Judicial de Chiquinquirá, dicho inmueble valía mucho más del doble del precio de $ 25.000.00 m/c., estipulado en la expresada escritura.

"2º El vendedor, Antonio Sánchez, apenas recibió, en esa fecha, la cantidad de $ 6.000.00 m/c. como parte del precio total de $ 25.000.00, estipulado en la transferencia del dominio del inmueble enajenado, que valía en esa fecha más de $ 60.000.00.

"3º El vendedor se vio obligado a aceptar las condiciones depresivas, consignadas en el hecho anterior, por razón de la violencia que contra las personas y las cosas azotaba el vecindario de Coper en el momento en que se otorgó la escritura de enajenación del inmueble relacionado en la primera petición de esta demanda.

"4º En razón de la misma causa de violencia, mi poderdante se vio obligado a aceptar las desobligantes condiciones de pago que se indican en el hecho siguiente:

"5º El resto del precio estipulado, o sea $ 19.000.00, sólo fue cancelado cuatro años después, es decir, el 11 de septiembre de 1957, prácticamente con el producido bruto de los cánones de arrendamiento, a razón de $ 6.000.00 anuales, o de $ 500.00 mensuales, lo cual constituye una

prueba de la lesión enorme por el engaño o error sufrido por el vendedor.

"6º Por la cancelación de la hipoteca que garantizaba el pago de la cantidad de $ 19.000.00, resto del precio estipulado de $ 25.000.00, apenas se hizo desaparecer la condición resolutoria que afectó el dominio del inmueble enajenado hasta la fecha de su cancelación efectuada el 11 de septiembre de 1957.

"7º En esta última fecha, 11 de septiembre de 1957, empezó a correr el término de cuatro años para ejercitar la acción rescisoria por lesión enorme, incoada por medio de la presente demanda.

"8º Por la cláusula cuarta de la escritura de compraventa número 732, de 8 de septiembre de 1953, el vendedor hizo entrega real y material al comprador demandado del inmueble vendido con todas sus anexidades, dependencias, mejoras, usos, costumbres y servidumbres existentes, sus cercas correspondientes, su enramada de teja de zinc, tres fondos de cobre, un trapiche número 22, sus cultivos, árboles frutales, montañas, guaduales o bosques, sin reservarse en la entrega y venta que hace ningún derecho, por el mismo precio estipulado de $ 25.000.00, y por los linderos generales relacionados en la primera petición de la demanda".

El demandado contradijo el libelo y opuso la excepción de prescripción, con fundamento en que desde el 8 de septiembre de 1953, fecha del contrato, hasta la presentación de la demanda, había transcurrido "un término de cinco años, diez meses, término en mucho superior al de cuatro años estatuído por el artículo 1954 del Código Civil".

Surtidos los trámites, el Juez 1º Civil del Circuito de Chiquinquirá cerró el juicio en primera instancia con pronunciamiento del 26 de abril de 1960, que declaró prescrita la acción, negó las súplicas e impuso las costas al demandante, quien introdujo el recurso de alzada.

Fue así como el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, después de la actuación de segundo grado, resolvió el 8 de septiembre de 1961:

"1º Declárase que Antonio Sánchez P., como vendedor, sufrió lesión enorme en el contrato de compraventa del predio denominado 'Camancha', celebrado con el Presbítero doctor Camilo Trujillo T., como comprador, contrato de que da cuenta la escritura número 732 de 8 de septiembre de 1953, corrida ante el Notario 2º del Circuito de Chiquinquirá, registrada en el mes de enero de 1954 en la Oficina de Registro de Chiquinquirá.

"2º En consecuencia, declárase la rescisión de dicho contrato y, por lo tanto, se condena al Presbítero doctor Camilo Trujillo a devolver al demandante, Antonio Sánchez P., el predio de 'Camancha', purgado de toda hipoteca o derecho real que hubiera constituído aquél en dicho predio. Esta restitución la hará seis días después de ejecutoriado el auto de obedecimiento y cumplimiento que el Juez *a quo* debe dictar en virtud de este fallo, siempre que el demandado no opte por el completo del precio.

"3º Condénase al demandante, señor Antonio Sánchez P., a devolver al demandado, Presbítero doctor Camilo Trujillo T., dentro del mismo plazo fijado para la restitución del predio de 'Camancha', en el numeral anterior, la suma de $ 25.000.00 m/c., que hubo de recibir como precio de la finca antes aludida, y siempre que no se opte por el completo del precio como lo ordena la ley.

"4º El comprador, Presbítero doctor Trujillo T., debe los frutos naturales y civiles que haya producido la finca en cuestión desde la fecha de la demanda, y el demandante debe los intereses legales del dinero que el comprador haya entregado como precio de dicho predio, desde las fechas de las respectivas entregas. Estas prestaciones tendrán lugar siempre que no se opte por el completo del precio.

"5º Queda a opción del comprador, Presbítero doctor Camilo Trujillo T., o consentir en la rescisión decretada o completar el justo precio de la finca 'Camancha', con deducción de una décima parte. El citado comprador tendrá el plazo de sesenta días, contados desde la ejecutoria del auto de obedecimiento y cumplimiento que debe dictar el Juez *a quo* en virtud de este fallo, para completar dicho justo precio.

"6º Si el demandado Pbro. doctor Camilo Trujillo consintiere en la rescisión del contrato, se oficiará por el Juez *a quo*, a la Notaría 2ª del Circuito de Chiquinquirá y a la Oficina de Registro del mismo lugar, para la cancelación de la escritura número 732, de fecha 8 de septiembre de 1953, ya mencionada, y para la cancelación de la inscripción de dicha escritura en el registro correspondiente, pero cuando el demandante haya hecho las restituciones del caso al demandado.

"7º Ordénase la cancelación de la inscripción de la demanda. El señor Juez del conocimiento librará los despachos y oficios a que haya lugar.

"8º Condénase en las costas de ambas instancias a la parte demandada. Por la Secretaría liquídense las correspondiente a la segunda instancia".

La parte demandada interpuso oportunamente el recurso de casación.

La sentencia impugnada.

Dentro de los hechos fundamentales el sentenciador destaca los que versan sobre la violencia contra las personas y las cosas que a tiempo del contrato azotaba el vecindario de Coper, como causa determinante de que el vendedor aceptara el precio de $ 25.000.00, y "las desobligantes condiciones de pago". Y añade:

"El demandante alega en la mayoría de las peticiones de la demanda la acción rescisoria por lesión enorme. También alega y fundamenta su acción en el hecho de la violencia reinante en la región y población de Coper para la época del otorgamiento de la escritura correspondiente.

"Como el demandado, al contestar la demanda, propuso la excepción perentoria de carencia de acción por prescripción, fundamentándola, según dice: 'en el hecho de que el contrato se llevó a efecto y perfeccionó, el día 8 de septiembre de 1953, fecha desde la cual comenzó a contarse el término para la prescripción, de acuerdo con lo cual a la fecha de la presentación de la demanda, transcurrió un término de cinco años, diez meses, término en mucho superior al de cuatro años estatuído por el artículo 1954 del Código Civil', habrá entonces que considerarse en primer término esta cuestión".

Se refiere el Tribunal a la evidencia de que a tiempo de la demanda ya había expirado el plazo de cuatro años desde la fecha del contrato, que el dicho artículo 1954 señala para que la acción rescisoria por lesión enorme prescriba, y expresa:

"Pero como en el caso *sub judice* se propuso y alegó por el demandante el hecho de la violencia como determinante del contrato y, además, se allegaron y citaron pruebas al respecto, debe considerarse también esta segunda cuestión para concluír lo del caso".

Cita los artículos 1º, 2º, 9º y 10 de la Ley 201 de 30 de diciembre de 1959, 1514 y 1750 del Código Civil; hace relación de las pruebas aducidas; encuentra acordes los testimonios en cuanto a que había violencia en la región y población de Coper en la época del contrato, "agregando algunos que el vendedor, Antonio Sánchez, fue perseguido durante ese estado de violencia, motivo por el cual tuvo que abandonar la finca". Y sobre el dictamen pericial dice así:

"Después de afirmar los señores peritos que identificaron la finca manifiestan: '... La finca valió por la época en que la vendió don Antonio Sánchez al Padre Camilo Trujillo, que lo fue en el mes de septiembre de 1953, ciento veinticinco mil pesos ($ 125.000.00) m/c.

" 'Y en la actualidad vale esa finca la suma de ciento ochenta mil pesos ($ 180.000.00) m/c.

" 'Aclaramos que en este dictamen, es decir, en los dos puntos, no tuvimos para nada en cuenta las mejoras de la finca, sino únicamente la tierra...'.

"El dictamen anterior fue rendido de común acuerdo por los peritos, y no fue impugnado legalmente".

Relaciona la Ley 201 de 1959 con los artículos 14 del Código Civil y 58 del Código Político y Municipal, y comenta:

"De acuerdo con estos artículos y no estando en presencia de una sentencia ejecutoriada se puede afirmar que la citada Ley 201 de 1959 sí es aplicable al caso de autos, y como su carácter es interpretativo debe considerarse incorporada en el artículo 1750 del Código Civil desde la vigencia de éste.

"Si en el año de 1949 se declaró turbado el orden público y en estado de sitio toda la Nación, y posteriormente el Decreto legislativo número 321 de agosto 27 de 1958 restableció el orden público que antes hubiera sido turbado en parte del territorio nacional, comprendido el Departamento de Boyacá, tenemos que concluír entonces que la demanda fue presentada dentro de tiempo legal.

"No se trata de afirmar que hubo violencia por parte del contratante, Presbítero doctor Camilo Trujillo, sobre el vendedor. No. La violencia que ha tenido en cuenta la ley, como causa de rescisión, no es la que pudiera ejercer determinada persona contra otra, sino aquella situación general de perturbación de las condiciones normales de la vida que obliga a los ciudadanos a actuar en forma contraria a sus intereses materiales para evitar mayores males.

"La interpretación de la Ley 201 permite su aplicación al caso de autos, según las siguientes consideraciones:

"La Ley 201 permite adaptar y aplicar el artículo 1750 del Código Civil a determinadas necesidades y relaciones sociales, económicas, políticas, jurídicas, etc., del país, en un momento

dado y en las circunstancias previstas por la misma Ley.

"El hecho de que el Gobierno hubiera declarado turbado el orden público en todo el territorio nacional demuestra el estado de alarma y aun de violencia que reinaba en el país en ese tiempo.

"La circunstancia de haberse dictado la ley en mención, especialmente para los casos de violencia, también demuestra que hubo actos y hechos de aprovechamiento ilícitos de las circunstancias anormales durante el estado de sitio.

"El dictamen rendido unánimemente por los señores peritos pone de manifiesto una notoria desproporción entre el valor de la venta y el valor real de la finca en el momento del contrato, desproporción que francamente inclina al juzgador a tener en cuenta la presunción que la misma ley contempla expresamente, y hace presumir que, en circunstancias de libertad jurídica el vendedor no hubiera celebrado ese contrato.

"Cuando la Ley expresa '... cualquier aprovechamiento que del estado de anormalidad...', quiere decir que ella se aplica y cobija a todos los ciudadanos que se encuentren en la situación y circunstancias previstas por la misma ley".

La impugnación.

Se invoca la causal 1ª por los tres conceptos que contempla de violación de ley sustantiva, a saber:

I. Por aplicación indebida;

II. Por errónea interpretación, y

III. Por infracción directa.

I. Se alega inaplicabilidad de los artículos 1º, 2º, 9º, Ley 201 de 1959, 14, 1513, 1750, Código Civil, y 58, Código Político y Municipal, por ser "de toda evidencia" que tanto el artículo aclarado (1513, C. C.) como el aclaratorio (1º, L. 201) "se refieren de manera expresa y clara a la fuerza o violencia como *vicio del consentimiento,* que genera *nulidad relativa* y que da lugar a la rescisión del acto o contrato por *dicha causa*".

Se insiste en este mismo concepto de rescisión por vicio del consentimiento, en presencia del artículo 2º de la Ley 201, como disposición aclaratoria del artículo 1750 del Código Civil, para el efecto de entenderse que la violencia cesa el día en que se declare restablecido el orden público; y frente al artículo 1514 del Código Civil, que mira la violencia como vicio del consentimiento aunque sea obra de un tercero.

Sobre esa base se alega que como la demanda con que se inició la litis pide la rescisión de la venta por lesión enorme, "como institución perteneciente al contrato de compraventa de bienes raíces, con autonomía propia y con independencia de la acción rescisoria por error, fuerza o dolo como vicios del consentimiento", no pudo despacharse aquella acción sin aplicarse indebidamente las citadas normas que regulan la segunda. A lo que el libelo de casación agrega:

"La sola circunstancia de que en la relación de los hechos en que se sustenta la acción rescisoria por lesión enorme se haya dicho que el vendedor fue llevado a la celebración del contrato por la situación de violencia que imperaba en la región, no cambia en lo más mínimo la esencia de la acción ejercitada de manera inconfundible en las súplicas de la demanda como de rescisión por lesión enorme, según quedó demostrado. Esta circunstancia no implica sino que se enunció, y hasta pudo llegar a probarse, un hecho que nada tiene que ver con la acción ejercitada.

"La acción de rescisión de la venta por lesión enorme es jurídicamente distinta de la rescisoria por fuerza o violencia viciatoria del consentimiento. Tiene sus normas legales propias que señalan sus elementos integrantes y sus efectos jurídicos como institución específica perteneciente al contrato de compraventa. Jamás pueden llegar a confundirse las dos acciones".

II. Se glosa el fallo por errónea interpretación de los artículos 1º y 2º de la Ley 201 de 1959, al adaptarlos y aplicarlos al asunto en litigio, porque tales normas y las del Código Civil que dicen aclarar, no se extienden a la rescisión de la venta por lesión enorme. Y se expresa en seguida:

"Lejos de lo anterior, la pretendida interpretación de que se trata viola de manera indiscutible los preceptos de los artículos 27 y 31 del Código Civil. El primero, porque siendo *claro el sentido* de las normas que intentó interpretar el Tribunal, no es el caso de desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Y el segundo, porque lo favorable de aquellas normas para los que sufrieron el influjo de violencia general en la región en que se celebró el contrato, no es motivo para ampliar su interpretación extendiéndola a casos que manifiestamente se hallan fuera de su alcance".

III. Se considera directamente violado el artículo 1954, y, por consecuencia, aplicados en forma indebida los artículos 1946, 1947, 1948 y 1951 del Código Civil.

"Como es lo evidente —dice el libelo de casación— y como el propio Tribunal lo reconoció expresamente en su fallo, no sólo desde la fecha del contrato materia de la acción, sino aun desde la fecha del registro de la escritura, hasta el día en que se presentó la demanda, transcurrieron más de los cuatro años que señala ese precepto legal (artículo 1954, C. C.) como término de la prescripción extintiva de la acción rescisoria por lesión enorme.

"Y, sin embargo, de ello el Tribunal, al revocar el fallo de primera instancia que dio cumplimiento a esta norma, *desobedeció su mandato,* incurriendo por este concepto en infracción directa de ella. La norma ordenaba al Tribunal acoger la excepción de prescripción propuesta por el demandado, como lo hizo el Juez de primera instancia. Y al revocar el fallo de éste en tal sentido, desobedeció el precepto legal de que se trata".

En último término y de manera circunstancial se alega:

"Ya se vio cómo la revocación del fallo que declaró probada la excepción de prescripción extintiva de la acción, por haber considerado el Tribunal que ella había sido ejercitada en tiempo, entraña la decisión adversa a la pretensión del excepcionante, y quedó así resuelta esta cuestión en el fallo.

"Mas para el caso de que la Corte llegare a considerar que ha debido resolverse de manera expresa sobre la mencionada excepción, alego la causal de casación señalada en el ordinal 2º del artículo 520 del Código Judicial, por cuanto no habiéndose hecho en el fallo un pronunciamiento expreso sobre la mencionada excepción, hubo falta de consonancia, por tal defecto, entre la pretensión del excepcionante y la decisión del Tribunal".

La oposición.

El fundamento sustancial de la réplica se encuentra condensado en estos párrafos:

"Lo que se ha discutido en el curso del litigio es el origen del acto contractual de la compraventa y no la confrontación y examen del precio estipulado por la venta, y del justo precio de la cosa vendida en la fecha de la convención; pues si esta circunstancia aparece citada en la demanda y determinada en el examen pericial, es porque la Ley 201 de 1959 lo exige para establecer, por una parte, el aprovechamiento del estado de anormalidad, y por otra, las condiciones tan desfavorables que hagan presumir que en circunstancias de libertad jurídica no se hubiera celebrado el contrato.

"Se estableció que el contrato fue celebrado durante una perturbación del orden público, en estado de sitio, determinado por una conmoción interior, con un aprovechamiento económico, por parte del comprador, merced a ese estado de anormalidad, aprovechamiento que se ha traducido, a la vez, en condiciones tan desfavorables para el vendedor, que hacen presumir que en circunstancias de libertad jurídica no se hubieran aceptado.

"Queda establecido que la acción ejercitada, es ni nada más ni nada menos, que la que gobierna y preside la Ley 201 de 1959, en sus artículos 1º, 2º y 9º, y los artículos 1513, 1514 y 1750 del Código Civil; pues la lesión puede ser enorme, mas ha sido determinada por un aprovechamiento económico, en virtud de un estado de violencia generalizada y en condiciones tan desfavorables para el vendedor que en época de normalidad jurídica no se hubieran aceptado. Por ello cabe la rescisión del contrato de compraventa, el cual conlleva *un aprovechamiento económico de la violencia* tan exagerado que ha llegado hasta la lesión enorme. Y este aprovechamiento económico de la violencia es lo que *la ley tiende a impedir,* y con este fin la aplicó el honorable Tribunal en la sentencia recurrida".

Se considera:

1. A la autonomía de la voluntad como base de la contratación repugna el consentimiento determinado por la violencia. Es porque así el contrato se quiere, no por obra de la voluntad espontánea y libre, sino para evitar el mal que se teme, y a impulsos del miedo. Nada más en desacuerdo con la libertad contractual, con el orden y sosiego de las gentes, y con los cimientos mismos del régimen jurídico.

2. Toda la teoría de la coacción moral como vicio del consentimiento se encamina a suprimir los efectos del negocio ajustado bajo el peso de situaciones de hecho limitativas en tal grado de la autonomía de quien se obliga, que de otra manera no habría contratado, habida consideración de sus circunstancias personales y del medio en que actúa, aunque la violencia y su intensidad no dependan del otro contratante sino de extrañas personas, y aun en trances conflictivos dependientes nada más que de las fuerzas de la naturaleza. El examen conduce a precisar si la víctima vio su libertad suprimida o gravemente menguada como consecuencia del temor

originado en la amenaza o cualquier género de coacción lesiva de su esfera jurídica y moral, en su propia persona, en su hogar, en el campo de sus mejores afectos, o en sus bienes por el aspecto simplemente patrimonial o económico. Es cuestión de equidad que concretamente debe apreciarse por el Juez en ejercicio de los poderes discrecionales que le incumben, sin exceder los límites generales señalados por las normas sustantivas.

3. Estas son claras en el ordenamiento civil. Una persona no se obliga a otra por acto o declaración de voluntad cuando su consentimiento adolece de vicio (2º, 1502); vicio del consentimiento constituye la fuerza si "es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo o condición"; "se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave" (1513); y "en caso de perturbación del orden público que haya dado lugar a la declaratoria del estado de sitio por conmoción interior, se tendrá como fuerza que vicia el consentimiento cualquier aprovechamiento que del estado de anormalidad se haga en la celebración de un acto o contrato que se traduzca en condiciones tan desfavorables que hagan presumir que en circunstancias de libertad jurídica no se hubiera celebrado". En estos términos fue "aclarado el sentido y alcance del artículo 1513 del Código Civil, en cuanto al consentimiento viciado por un estado de violencia generalizada". (1º, Ley 201 de 1959).

4. El texto interpretativo de 1959 no ha hecho otra cosa que revelar el contenido doctrinal, científico y profundamente humano, por lo equitativo, en que desde 1873 el Código Civil viene inspirado de las mejores fuentes. Siempre ha sido así desde cuando empezó a regir. Pero la coyuntura de violencia generalizada en algunas regiones del país ha sido conducente a que el legislador, además de dar énfasis al vicio del consentimiento originado en fuerza ajena a la voluntad de los contratantes, venga a encontrar su demostración ante la justicia por la inferencia fundada en desventaja económica tan significativa para alguna de las partes, que haga entender que el negocio no se habría celebrado "en circunstancias de libertad jurídica".

No es ciertamente la teoría de la lesión de ultra mitad, que tiene su propio régimen. Son las condiciones desfavorables del negocio como prueba de estar viciado el consentimiento por la violencia dentro de perturbación del orden público que funda el estado de sitio por conmoción interior. Es la juricidiidad que revindica su imperio civilizador frente a la fuerza que retrograda a estados antisociales.

5. Por causa para pedir se invocó en la demanda inicial del presente litigio la violencia generalizada en la región de Coper, en Boyacá, que junto con otras de la República han padecido ese tremebundo azote como perturbación del orden público y motivo del estado de sitio declarado y mantenido por largos años. Se invocaron también en los hechos del libelo las condiciones desfavorables del negocio, hasta el punto de no explicarse sino por aquella misma situación de violencia generalizada. Todos esos hechos se probaron en el debate, no se han discutido en casación, y allí se encuentran precisamente los supuestos contemplados por los artículos 1º y 2º de la Ley 201 de 1959, sin que desde la fecha en que se levantó el estado de sitio en aquella región hasta el día de la demanda transcurrieran los cuatro años en que la acción rescisoria se extingue.

6. Son los hechos la voz del derecho y la causa eficiente de la acción. Si están probados incumbe al Juez calificarlos jurídicamente en la sentencia y proveer en conformidad, no obstante los errores de las súplicas: *da mihi factum, dabo tibi ius.*

Tal es la doctrina repetida de la Corte. En sentencia de casación del 30 de septiembre de 1960 (XCIII, 2230-2231, 695, 2), dijo:

"Según los términos literales de la demanda, la acción incoada es de *rescisión,* por estar afectados de nulidad relativa los contratos a que se refiere. Para el demandado, la nulidad es absoluta. Pero la circunstancia de haber impetrado literalmente la rescisión no altera el sentido auténtico del libelo, porque son los hechos y no las palabras los que configuran la acción, según lo ha repetido la Corte.

" 'La ley —ha dicho— no es sino ordenamiento abstracto, en espera de que el hombre lo actualice por medio de su voluntad externa, haciéndole producir un sinnúmero de situaciones concretas. Son los hechos, por tanto, la fuerza creadora de tales situaciones. Pero éstas no podrán producirse jamás sin la norma preconstituída que las contempla en abstracto. Por lo mismo, si la norma existe y si sobre ella operan los hechos, ya desde este instante quedan para siempre señalados en el derecho. Y si luego al impetrar el agente la tutela jurisdiccional para su interés así constituído, en vez de señalar esa

regla, señala otra, con ello no trastorna ni destruye los hechos ya realizados, ni los efectos jurídicos de esos hechos, producidos concretamente en el ámbito de esa norma. Lo que logran los hechos incontrastables no lo aniquila una cita errada de la ley. Por ello la doctrina confía más en los hechos, como factor indicador de las disposiciones legales, que en el juicio del agente, sujeto a confusiones y yerros.

" 'Se comprende, por consiguiente, que la tarea de precisar el texto legal que estructura una acción sea, primordialmente, del Juez, porque él representa al Estado en la tarea de juzgar, que es función del Estado, y se infiere, igualmente, la poca importancia que en la instancia tiene que el litigante indique la norma, como origen y asiento de la acción, y la intrascendencia de errar en la indicación: *iura novit curia.* En este sentido la doctrina y la jurisprudencia han sido uniforme y constantemente reiteradas'. (Cas. abril 13 de 1956. LXXXII, 2163 y 2164, 282).

"Lo que se dice de los textos legales se predica del mismo modo sobre la denominación de las acciones, en que es posible errar sin trascendencia en el proceso, puesto que son los hechos objetivos los que estructuran el derecho en la ley y las acciones que lo protegen.

"De donde se desprende que no obsta al verdadero nombre de la acción la mera circunstancia de que el libelo inicial la llame rescisoria, si los fundamentos de hecho demostrados en el proceso llegan a generar nulidad absoluta, y no simplemente relativa".

7. Ciertamente no contempla el proceso la acción rescisoria por lesión enorme a que literalmente se refieren las súplicas, sino la acción rescisoria del contrato por estar viciado el consentimiento del vendedor a causa de la violencia generalizada en la circunscripción de Coper. Así lo entendió el sentenciador en la parte motiva, sin embargo, de lo cual sufrió espejismo en la resolutiva al decretar la rescisión no pura y simplemente sino por lesión enorme. Mas en ello, si bien hay lugar a corregir la doctrina como fin principal del recurso extraordinario y como causa para que no haya costas liquidables en la Corte, sucede, sin embargo, que no es posible resolver la casación *in peius,* y debe mantenerse la sentencia de instancia por ser de menor gravamen para el demandado que el que sería pertinente en el fallo de reemplazo, cuanto a que el comprador quedaría sin posibilidad de optar por la firmeza del contrato mediante el ajuste del precio, con deducción de una décima parte.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha 8 de septiembre de 1961, proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja.

Sin costas en casación.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial,* y vuelva el proceso al Tribunal de su origen.

Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez R., Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada, José Hernández Arbeláez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

ACCION DE PERTENENCIA. — LEGITIMACION EN CAUSA

El transcurso del tiempo no muda la tenencia en posesión. — El derecho vitalicio de habitación es apenas tenencia.

1. Quien invoca la prescripción adquisitiva del dominio para pedir declaratoria judicial de pertenencia, debe probar plenamente —aunque no haya opositor, y más aún si lo hubiere— las condiciones de que arranca la acción que ejercita. De otra manera no está legitimado en causa, y su demanda no puede prosperar, por graves motivos de seguridad social anexos al régimen del dominio inmobiliario.

2. La posesión con las exigencias legales de los bienes que están en el comercio, conduce al dominio y funda la declaración de pertenencia. La relación de señorío ha de consistir y manifestarse ante todo el mundo por hechos positivos a que sólo da derecho el dominio, como cuando se trata del suelo por "el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión" (981, C. C.). O lo que es lo mismo: la utilización económica de los bienes, según su naturaleza y finalidad, en provecho y bajo la autonomía de quien los tiene en su poder.

De esa soberanía carece quien se halla con el objeto en relación de simple tenencia. Le falta la voluntad de dueño en razón de su mismo título que marca el dominio en cabeza de otra persona. Así acontece con quien tiene sobre una casa el derecho de habitación. Porque si en la apariencia externa pudieran las gentes confundirlo con la persona que habita su propia casa, y si en sus prerrogativas el habitador no puede ser embarazado por nadie, es lo cierto, empero, que su derecho no puede cederse a ningún título, prestarse o arrendarse, ni es transmisible a los herederos; está obligado a inventario, y el simple transcurso del tiempo no muda su mera tenencia en posesión (878, 872, 777, ibídem).

Es así como el dueño de la casa sobre que recae el derecho de habitación tiene el carácter de poseedor, en cuyo nombre actúa quien se halla, como habitador, en relación inmediata con el objeto.

El que recibe la casa para derivar directamente en su provecho la utilidad de habitarla, empieza a poseer en nombre ajeno, y su título de mera tenencia (775) no le habilita para adquirir el dominio, precisamente porque el habitador reconoce que no es suyo.

Si el proceso demuestra que quien invoca en su favor la prescripción adquisitiva apenas ha tenido el derecho vitalicio de habitar la casa pretendida, se cumple el supuesto legal que ordenadamente impide a la prescripción cumplir su efecto, desde luego que no hay lugar a declararla cuando se prueba que quien tiene el objeto en su poder reconoció inicialmente dominio ajeno, y en cuanto se presume por ley la continuación de ese mismo orden de cosas (2º, 780).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, diez ocho (18) de octubre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez).

En demanda admitida el 13 de noviembre de 1959 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Berrío, Dolores Becerra viuda de Montes pidió que por los trámites de los artículos 6º y siguientes de la Ley 120 de 1928, se le declarara "propietaria absoluta del bien raíz situado en el área urbana de esta población (Puerto Berrío), en la calle 7ª, cerca de la carrera 3ª, con

su casa de habitación distinguida con la placa número 3-10 de la nomenclatura actual, sus demás mejoras y anexidades, todo comprendido en estos linderos: 'Por sus costados laterales y por la parte posterior, con propiedades que fueron del finado Francisco Alvarez (a. Ñato Pizano), hoy de la sucesión de éste, y por el frente con la citada calle 7ª' ''.

Afirmó que no se conocían personas concretas contra quienes pudiera dirigirse la demanda. Pero durante el emplazamiento respectivo, Aura Gallego de Alvarez, Nubia Alvarez de Carvajal, Pablo y Jaime Alvarez Gallego, lo mismo que Clarinda Echeverri de Ruiz, Ligia Echeverri de Suárez y Camilo Echeverri, en calidad de sucesores de Francisco Antonio Alvarez y para la herencia, se opusieron a la declaración impetrada por la viuda de Montes.

Seguido entonces el consiguiente juicio ordinario, feneció el primer grado procesal con pronunciamiento del 21 de octubre de 1960, a saber:

''1º Se declara que el bien inmueble delimitado por los linderos expresados en la parte motiva de esta providencia, es de propiedad de la sucesión del señor Francisco Antonio Alvarez y, en consecuencia, se desestima la petición sobre declaratoria de pertenencia que la señora Dolores Becerra viuda de Montes hace a este Despacho.

''2º Se condena en costas a la señora Dolores Becerra viuda de Montes. Las agencias en derecho se fijan en la suma de $ 500.00, y por la Secretaría se tasen las que le corresponde''.

Apeló la parte vencida, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con fecha 11 de marzo de 1961, resolvió:

''Es fundada la oposición de los herederos del finado Francisco Antonio Alvarez a la acción judicial de pertenencia, promovida por la señora Dolores Becerra de Montes en el libelo de demanda de noviembre 6 de 1959, por los motivos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

''Se condena a la demandada, señora Becerra de Montes, en las costas de la primera instancia.

''Queda en estos términos sustituído el fallo de primera instancia, materia del recurso de apelación''.

Y ha llegado la oportunidad de resolver sobre el recurso de casación interpuesto por la parte vencida.

La sentencia de instancia.

Después de exponer los antecedentes, el Tribunal de Medellín se detiene en los preceptos de la Ley 120, que organizan la acción de pertenencia por prescripción adquisitiva del dominio, subraya la necesidad de que el actor pruebe las condiciones que la estructuran para obtener sentencia favorable, y en lo pertinente expone:

''Desde luego, si en el plenario obra la prueba de que la usucapiente en potencia es tenedora precaria del bien, por ocuparlo en ejercicio del derecho de habitación, se habrá de deducir en el fallo, ante la oposición triunfante, que la prescribiente no estableció lo que ineludiblemente tenía qué acreditar para el logro de la declaración judicial de pertenencia que invoca.

''Pues bien, por la escritura número 169 de 10 de abril de 1929, de la Notaría de Puerto Berrío, Francisco Antonio Alvarez adquirió de Dolores Becerra un lote de terreno situado en la calle 6ª de la población del Puerto mencionado, a la vez que en la cláusula tercera limitó el dominio de otro bien de su propiedad, ubicado en la carrera 5ª, antes carrera Ayacucho, gravándolo con el derecho de habitación de por vida en favor de Dolores Becerra.

''El bien gravado consiste conforme a la copia de la escritura debidamente registrada que obra a folio 22 del cuaderno 2, en 'una casa construída de bahareques y cubierta con tejas de barro, y que ha sido y es propiedad del comprador, casa que está situada en el área de esta población, en la calle 5ª, antes carrera Ayacucho, la cual mide 15 metros de frente por 12 metros de centro, alinderada así: por el oriente y el norte con propiedad del actual comprador, señor Alvarez; por el occidente con propiedad de Luis E. Sosa, y por el sur con la mencionada calle 5ª'.

''Por auto de mayo 30 de 1952 (fs. 3, c. 2), el señor Juez del Circuito de Puerto Berrío le impuso a la señora Becerra una sanción penal de carácter pecuniario, por haber desatendido la orden impartida de efectuar el inventario del bien en que ejerce el derecho de habitación, a la vez que la conminó con la suma de cien pesos para que cumpliera la orden''.

El sentenciador se refiere en seguida a las escrituras 156 de 7 de junio de 1952 y de 5 de abril de 1954, Notaría de Puerto Berrío, suscritas por la viuda de Montes y los testigos instrumentales, sobre el cumplimiento de la obligación de inventario impuesta a la habitadora por el artículo 872 del Código Civil, acerca del mismo

inmueble descrito en la cláusula 3ª de la escritura 169 de 18 de abril de 1929, de la misma Notaría, documentos que Francisco Antonio Alvarez dejó de firmar por no estar de acuerdo con las mejoras que la viuda de Montes dijo allí haber levantado a su costa.

Alude el sentenciador a que la misma viuda de Montes fue vencida en el juicio donde invocó sociedad de hecho con Francisco Antonio Alvarez, sobre bienes en que figuraba el inmueble que es objeto ahora de la acción de pertenencia, y añade:

"Considera el señor apoderado de la señora Becerra que no se pueden tener en cuenta las escrituras números 99 y 156 antes citadas, por no constar que fueron registradas. La Sala estima, no obstante, que no se trata de acreditar con ellas el dominio o propiedad de bien raíz alguno, sino la versión de la misma demandada, reconociendo la precariedad con que ocupa el inmueble, no existe inconveniente de orden legal que se oponga a la aceptación de su confesión y, por lo mismo, no desecha este medio de prueba.

"Frente a estos elementos de prueba no es posible que se declare judicialmente que la señora Becerra ha adquirido por prescripción el bien delimitado en la demanda que ha dado origen al proceso, porque no lo viene poseyendo realmente por medio de hechos positivos a que da derecho el dominio, condición indispensable para el pronunciamiento favorable en el sentido demandado, sino que ha reconocido en él dominio ajeno como mera tenedora en ejercicio del derecho real de habitación, constituído por la escritura número 169 varias veces citada".

La acusación.

El libelo presenta tres fases de censura por la causal 1ª, y un reparo final calificado de subsidiario, con olvido de que esto último es inadmisible en casación, por cuanto la condicionalidad pugna con la firmeza de planteamiento que el recurso extraordinario exige.

I. Se invoca interpretación errónea de los artículos 4º, 6º, 8º, 10 y 11 de la Ley 120 de 1928, en concordancia con el artículo 946 del Código Civil. Y se afirma que el juicio de pertenencia versa esencialmente sobre cuestiones de dominio, en tal forma que la oposición "no puede prosperar sino en la base de que el opositor alegue y demuestre su propiedad respecto del bien materia del litigio".

Se refiere a que el interés jurídico es la medida de la acción judicial, y por la respectiva exposición de motivos deduce que la Ley 120 tiende a que el debate dominical "sea planteado para metodizar y definir el régimen de la propiedad, ante todo la que recae en inmuebles. Su mismo alcance —añade— está determinado por el concepto de la *prescripción* en la que el usucapiente obra de facto contra el derecho de quien debe reclamar a tiempo".

"Así las cosas —continúa— bajo ningún pretexto es aceptable que el juicio pueda estructurarse lógicamente entre personas distintas a un sedicente *poseedor* y un presunto *propietario*, a quienes incumbe correlativamente demostrar sus pretensiones so pena de fracaso, pues en síntesis gráfica, la solicitud de pertenencia es la 'acción de dominio al revés', o sea con un demandante inicial que antes sólo lograba el papel de demandado".

Y entonces lo esencial de la tacha consiste en afirmar que como para la herencia de Francisco Antonio Alvarez no se demostró "la titularidad necesaria sobre el inmueble cuya pertenencia invoca Dolores Becerra", desde luego que los opositores se contentaron con presentar la escritura 169 de 18 de abril de 1929, "en cuyo contenido no se advierte *título adquisitivo* de la casa que solamente ellos aseguran ser la misma referida en la demanda de pertenencia"; y por cuanto el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo (762, C. C.), alega que la oposición no pudo prosperar en ausencia de interés jurídico dependiente de la prueba del derecho de dominio radicado en aquella herencia, por lo que debió acogerse la demanda formulada por la viuda de Montes.

II. Insiste el recurrente en que se quebrantó el derecho de Dolores Becerra a ser reputada dueña, puesto que "por un manifiesto error de percepción probatoria" se echó de menos que por parte ninguna se halla que los opositores "hubiesen acreditado conformidad o identidad físico-geográfica entre el inmueble que doña Dolores Becerra sitúa bajo la acción de pertenencia y el que ellos afirman como del patrimonio sucesoral".

Al respecto expone que la ameritada escritura 169 contempla dos actos jurídicos referidos a sendos inmuebles: a) Compraventa de un solar en la calle 6ª de Puerto Berrío, y b) Constitución del derecho de habitación sobre una casa de bahareque y teja de barro "que ha sido y es propiedad del comprador (Alvarez), situada en la calle 5ª del mismo puerto". Y alega que ninguno de los dos inmuebles coincide con el de la acción de pertenencia, a tiempo en que afirma

que el dictamen de los peritos tampoco aclara la cuestión, pues que si dictaminan que hay "identidad de la propiedad que examinamos con el inmueble de que trata la escritura 169 de 18 de abril de 1929", y concluyen que es la misma, "no precisaron —dice el recurrente— a cuál de los dos inmuebles colacionados en la supradicha escritura aludían concretamente".

"Por eso —agrega— el honorable Tribunal de Medellín incurrió en grave, protuberante y evidente equivocación al apreciar las pruebas *(error facti in iudicando)*, porque aceptó de ellas la existencia de lo que precisamente no demostraban; un punto de referencia común (el bien raíz) e indispensable para la controversia de las partes en litigio".

III. La censura se refiere al concepto del Tribunal en el sentido de que las escrituras 99 y 156, no firmadas por Alvarez, ni registradas, dan cuenta, sin embargo, de "la versión de la misma demanda, reconociendo la precariedad con que ocupa el inmueble".

Y alega: "Esto entraña un flagrante desacato a la voluntad del poder legislativo que es causal de primer orden para la casación en guarda de la integridad, plenitud y observancia del derecho positivo... El registro cumple fines de seguridad, autenticidad, publicidad y validez formal de ciertos actos jurídicos. El legislador no quiere su omisión en las escrituras públicas y sanciona la renuencia despojando al título no inscrito competentemente de significación probatoria".

Desprende así el quebranto directo de los artículos 2652, 2673 del Código Civil, y 601 y 630 del Judicial.

La parte opositora contradijo el libelo por razones de forma y de fondo.

Se considera:

1. Quien invoca la prescripción adquisitiva del dominio para pedir declaratoria judicial de pertenencia, debe probar plenamente —aunque no haya opositor, y más aún si lo hubiere— las condiciones de que arranca la acción que ejercita. De otra manera no está legitimado en causa, y su demanda no puede prosperar, por graves motivos de seguridad social anexos al régimen del dominio inmobiliario.

2. La posesión con las exigencias legales de los bienes que están en el comercio, conduce al dominio y funda la declaración de pertenencia. La relación de señorío ha de consistir y manifestarse ante todo el mundo por hechos positivos a que sólo da derecho el dominio, como cuando se trata del suelo por "el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras, y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión". (981, C. C.). O lo que es lo mismo: la utilización económica de los bienes, según su naturaleza y finalidad, en provecho y bajo la autonomía de quien los tiene en su poder.

3. De esa soberanía carece quien se halla con el objeto en relación de simple tenencia. Le falta la voluntad de dueño en razón de su mismo título que marca el dominio en cabeza de otra persona. Así acontece con quien tiene sobre una casa el derecho de habitación. Porque si en la apariencia externa pudieran las gentes confundirlo con la persona que habita su propia casa, y si en sus prerrogativas el habitador no puede ser embarazado por nadie, es lo cierto, empero, que su derecho no puede cederse a ningún título, prestarse o arrendarse, ni es transmisible a los herederos; está obligado a inventario, y el simple transcurso del tiempo no muda su mera tenencia en posesión. (878, 872, 777, ibídem).

4. Es así como el dueño de la casa sobre que recae el derecho de habitación tiene el carácter de poseedor, en cuyo nombre actúa quien se halla, como habitador, en relación inmediata con el objeto.

El que recibe la casa para derivar directamente en su provecho la utilidad de habitarla, empieza a poseer en nombre ajeno, y su título de mera tenencia (775) no le habilita para adquirir el dominio, precisamente porque el habitador reconoce que no es suyo.

5. Si el proceso demuestra que quien invoca en su favor la prescripción adquisitiva apenas ha tenido el derecho vitalicio de habitar la casa pretendida, se cumple el supuesto legal que ordenadamente impide a la prescripción cumplir su efecto, desde luego que no hay lugar a declararla cuando se prueba que quien tiene el objeto en su poder reconoció inicialmente dominio ajeno, y en cuanto se presume por ley la continuación de ese mismo orden de cosas (2º, 780). Y si se tratara de usurpación, es de ver que ni se ha enajenado arbitrariamente la casa en su propio nombre por el habitador, ni podrá considerársele como rebelde y pretendido creador de título de dominio por sí y ante sí mismo, sino precisamente desde cuando presentó ante la justicia la demanda inicial de este litigio para pretender respaldarse en la acción de pertenencia, ejercida inadecuadamente *erga omnes*, a virtud de que la viuda de Montes mal podía ignorar las

personas que como sucesores del fallecido Francisco Antonio Alvarez estaban obvia y legalmente llamadas a contestar el libelo.

Además, el hecho repetido de que la viuda de Montes reconociera su deber de practicar inventario, significa a todas luces que en 1952 y en 1954 no tenía voluntad de dominio sino sólo de acomodarse a su posición de simple tenedora. Y si los correspondientes actos notariales no llegaron a perfeccionarse, ni a ser prueba por escritura pública, por faltar, además, de la firma de Francisco Antonio Alvarez, la inscripción en el registro competente, es indiscutible que el Tribunal no les atribuyó fe como títulos (2673, C. C.), sino que pudo darles el valor que les otorgó, bien como confesión extrajudicial, aun en calidad de "documento no destinado a servir de prueba", porque no le quedara "duda alguna acerca de la confesión misma" (604 y 608, C. J.), o ya porque les concediera el tratamiento de indicio con "caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento". (664, *ibídem).*

6. No faltó a la sindéresis el Tribunal en el entendimiento de que el estado de hecho en que se encuentra Dolores Becerra viuda de Montes relativamente a la casa de Puerto Berrío, corresponde al derecho vitalicio de habitación que recibió de Francisco Antonio Alvarez, según la escritura 169 de 18 de abril de 1929. Los peritos que intervinieron en la correspondiente inspección ocular dictaminan determinadamente sobre "la casa de doña Dolores Becerra, conocida como tal desde hace más de treinta años por los que suscribimos", dicen textualmente. Y su conclusión es clara:

"En cuanto hace relación a la identidad de la propiedad que examinamos con el inmueble de que trata la escritura 169 de 18 de abril de 1929, debemos concluír, y concluímos, que es la misma...".

Si, pues, la citada escritura 169 trata primeramente de la compraventa de un solar, y en segundo término de constituír, a favor de la viuda de Montes, el derecho vitalicio de habitación sobre una casa; si los peritos concuerdan en que desde hace más de treinta años conocen esa casa como habitación de la dicha viuda de Montes; y si concluyen en el sentido de que tal propiedad es la misma de que trata la escritura 169, en sana crítica no puede entenderse nada distinto de que el dictamen versa sobre la identidad reconocida de la casa de habitación, y no sobre el solar que la habitadora le vendió a Francisco Antonio Alvarez por el mismo instrumento. Evidencia procesal que incluso está superabundantemente corroborada con el avalúo de la casa habitada todavía por la viuda de Montes, a efectos de saber si por la cuantía de la acción era posible el presente recurso extraordinario.

7. Dolores Becerra viuda de Montes ha estado por muy largos años como habitadora de la casa de Puerto Berrío, y puede conservarla en forma vitalicia, sin que el simple transcurso del tiempo mude su mera tenencia en posesión. Y como contra la apariencia exterior de señorío milita su título reconocido de simple habitadora, que es negativo de propiedad, carece de legitimación en causa para obtener sentencia favorable.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha 11 de marzo de 1961, proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial,* y vuelva el proceso al Tribunal de su origen.

Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez R., Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada, José Hernández Arbeláez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

ACTOS DE COMERCIO

Prescribe el artículo 218 del Código de Comercio, "que no hay rescisión por lesión enorme en los contratos mercantiles". Mas el artículo 20 del mismo Código no incluye expresamente entre los actos de comercio, los referentes a enajenación de inmuebles. En la actualidad se acentúa la tendencia contraria en la doctrina general, pero entre nosotros no están calificados aún de actos mercantiles, aun cuando quienes los celebren tengan la calidad de comerciantes.

Otra cosa sería que el movimiento de la propiedad inmobiliaria fuera el objeto de una empresa, como acontece con las de urbanización, en las cuales la materia del tráfico comercial es la tierra; pero ni aun así la transferencia de los terrenos a los clientes podría sustraerse de la rescisión por lesión enorme, que es estatuto de carácter excepcional y obedece a principios de equidad, llamado a regir, trátese de actos comerciales o civiles. En el presente caso muy otro es el papel que desempeñan las fincas dadas en pago. Y si la casación de 6 de octubre de 1954 (LXXVIII, 2147, 854) estima como actos mercantiles los referentes al corretaje de fincas raíces, es en razón del corretaje mismo y no por la naturaleza de los bienes.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, veinticinco de octubre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José J. Gómez R.).

I

Por medio de sentencia de 31 de mayo de 1961, fue infirmada la del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, de fecha 24 de noviembre de 1959, proferida en juicio de Julio Medina R. contra Celio Villalba.

Dicho fallo de instancia negó la rescisión por lesión enorme impetrada por el demandante, con respecto al convenio celebrado mediante la escritura número 556 de 17 de agosto de 1951, de la Notaría Cuarta del Circuito de Barranquilla, convenio por el cual, en síntesis, el actor había transferido en propiedad al demandado varios bienes raíces, en pago de obligaciones pendientes.

Para casar la sentencia, la Corte se fundó en la aplicabilidad de las normas de la venta a la dación en pago, en virtud de la analogía existente entre los dos actos jurídicos y de lo dispuesto en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887.

Pero antes de dictar fallo de instancia la Corte ordenó en la sentencia de casación referida, y para mejor proveer, que se practicase un nuevo avalúo de tres de los bienes dados en pago por Medina V. a Villalba, o sea los relacionados en los apartes a), b) y c) del hecho tercero de la demanda, por concurrir en la estimación pericial de dichos bienes efectuada en el juicio, la circunstancia de que la diferencia entre los avalúos extremos excedía de un cincuenta por ciento de la cantidad menor, y al efecto fue comisionado el Tribunal sentenciador.

Los doctores Mario A. Noriega S. y Fulgencio Fernández Jurado, nombrados por el Tribunal en reemplazo de los designados por la Corte, rindieron el nuevo avalúo, del cual se dio en esta Superioridad el traslado de rigor.

II

Dicho dictamen es uniforme, explicado y debidamente fundamentado, y de él aparece lo siguiente:

La casa ubicada en la ciudad de Ciénaga, crucero de la calle Cauca con el callejón Bogotá, valía en la época de la dación en pago de que trata este negocio, la suma de $ 26.000.00; la finca "Dilia Esther", situada en el mismo Municipio, antigua región indígena de San Andrés, hoy Corregimiento de San Pedro de la Sierra, valía entonces $ 37.355.00, y la finca "El Tagual", ubicada también en el mencionado Municipio, Corregimiento de Riofrío, región de San Andrés de la Sierra Nevada, la cantidad de $ 29.655.00.

En la escritura pública número 556, de 17 de agosto de 1951, de la Notaría 4ª del Circuito de Barranquilla, en la cual se hizo constar la dación en pago convenida entre los señores Celio Villalba y Julio Medina V., se les señaló a dichos bienes, respectivamete, el valor de $ 12.448.85, de $ 24.454.47 y de $ 13.776.01.

Pór tanto, respecto al primero de dichos inmuebles, existe la lesión, ya que el precio declarado ($ 12.448.85) es inferior a la mitad del valor justo ($ 26.000.00); no la hay en cuanto al segundo, porque el precio estipulado ($ 24.454.47) sobrepasa la mitad del justo valor ($ 37.355.00); y concurre en lo tocante al tercero; por ser inferior el precio convenido ($ 13.776.01) a la mitad del precio justo ($ 29.300.00).

III

En memorial elevado por el procurador del demandado con motivo del traslado de los avalúos, pide que al decidir en instancia se consideren las estipulaciones de que da cuenta la escritura número 556, como "una operación compleja, en donde entran en juego, no una sino varias cosas", debiéndose "tomar éstas en su conjunto..., porque ese conjunto comprende el objeto de la obligación, y es el que guarda equivalencia con el crédito que se paga", por lo cual "sería el valor de las operaciones el que vendría a servir de sustento para una condena sobre lesión enorme", y con apoyo en este razonamiento solicita que se niegue la rescisión por cuanto el precio atribuído a los inmuebles en total es de $ 50.679.33, y el avalúo arroja el de $ 92.665.00, que no llega al doble de aquél.

También observa el mandatario de la parte demandada que, de acuerdo con el artículo 218 del Código de Comercio Terrestre, "no hay lugar a rescisión por causa de lesión enorme en los contratos mercantiles", y que en tal virtud es improcedente la rescisión en el presente caso, ya que la operación celebrada mediante el citado instrumento público "no es civil sino comercial, por la calidad de las personas y por la naturaleza misma de las obligaciones que los ligaban".

Se considera:

A) Según el instrumento de dación, si bien es verdad que se trataba del pasivo a cargo de Medina V. y a favor de Villalba, causado en sus relaciones mercantiles, no lo es menos que en pago dio el primero varios bienes, a los que las partes les atribuyeron valores concretos por separado, lo cual indica que para ellas los inmuebles, no obstante figurar en una operación de liquidación de tales relaciones, conservaban su individualidad. Por otra parte, la sentencia de casación consideró los inmuebles como factores independientes, sin embargo, de haber sido destinados al pago de una deuda total, y así fue como halló las diferencias entre los avalúos extremos de cada uno de ellos, que justificaron el nuevo peritaje; de lo contrario se habría abstenido de ordenarlo. Ni debe olvidarse que la presente decisión debe acomodarse a las líneas sustanciales de aquel fallo.

La tesis del fallo de casación impuso la rescisión, no sólo porque la consideró acorde con la ley sino también con la equidad.

B) Prescribe el artículo 218 del Código de Comercio "que no hay rescisión por lesión enorme en los contratos mercantiles". Mas el artículo 20 del mismo Código, no incluye expresasamente entre los actos de comercio, los referentes a enajenación de inmuebles. En la actualidad se acentúa la tendencia contraria en la doctrina general, pero entre nosotros no están calificados aún de actos mercantiles, aun cuando quienes los celebren tengan la calidad de comerciantes.

Otra cosa sería que el movimiento de la propiedad inmobiliaria fuera el objeto de una empresa, como acontece con las de urbanización, en las cuales la materia del tráfico comercial es la tierra; pero ni aún así la transferencia de los terrenos a los clientes podría sustraerse de la rescisión por lesión enorme, que es estatuto de carácter excepcional y obedece a principios de equidad, llamados a regir trátese de actos comerciales o civiles. En el presente caso muy otro es el papel que desempeñan las fincas dadas en pago. Y si la casación de 6 de octubre de 1954 (LXXVIII, 2147, 854) estima como actos mercantiles los referentes al corretaje de fincas raíces, es en razón del corretaje mismo y no por la naturaleza de los bienes.

DECISION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, como Tribunal de instancia y en desarrollo de la sentencia proferida con fecha treinta y uno (31) de mayo de mil novecientos sesenta y uno (1961),

RESUELVE:

Primero. Revócase el fallo de primera instancia.

Segundo. Declárase que Julio Medina V. sufrió lesión enorme en el contrato de dación en pago que celebró con Celio Villalba, mediante escritura pública número 556 de diez y siete (17) de agosto de mil novecientos cincuenta y uno (1951), de la Notaría Cuarta (4ª) del Circuito de Barranquilla, en lo que respecta a los inmuebles siguientes:

A) "Una casa de material y azotea, junto con el solar en que está edificada, situada en la ciudad de Ciénaga, Departamento del Magdalena, en la calle Cauca, formando esquina con el callejón Bogotá; solar que mide veintidós (22) metros de frente por veintitrés (23) metros de fondo, y sus linderos son los siguientes: por el norte, calle Cauca en medio, con casa de Francisco Elías T.; por el este, con casa de Felipe S. Avendaño; por el sur, calle Tolima en medio, con casa de Francisco Elías T., y por el oeste, callejón en medio, con casa del mismo Francisco Elías T.".

B) "Los derechos en la extensión de tierra que le sirve de asiento a la finca rural denominada "El Tagual", ubicada en la región de San Andrés de la Sierra Nevada, Corregimiento de Riofrío, comprensión del Municipio de Ciénaga, Departamento del Magdalena, con una extensión aproximada de 400 hectáreas, situado en el ángulo formado por las dos vertientes que bajando del cerro denominado 'Maroma', forman el río Orihueca, conforme con el croquis a lápiz cuya copia se protocolizó junto con la respectiva escritura, sembradas una y media hectáreas de café, frutales, pastos, pancoger".

Tercero. En consecuencia, declárase rescindido el expresado contrato, en lo que concierne a los dos inmuebles antes relacionados, quedando en firme en lo demás.

Cuarto. El nombrado Villalba podrá a su arbitrio, dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria del auto de obedecimiento de la presente sentencia, consentir o no en la rescisión. Si no consintiere en ella, completará dentro de dicho término el justo precio señalado en el dictamen pericial a los bienes descritos en el punto segundo de esta resolución, menos un diez por ciento (10%) de dicho justo precio, según lo prescribe el artículo 1948 del Código Civil, es decir, entregará los saldos de diez mil novecientos cincuenta y uno con quince centavos ($ 10.951.15) y doce mil novecientos trece con noventa y nueve centavos ($ 12.913.99), más los intereses legales de estas sumas, desde el diez y seis (16) de abril de mil novecientos cincuenta y tres (1953), fecha de la demanda, hasta el día del pago. Lo cual se entiende sin perjuicio de la compensación de estas cantidades hasta concurrencia de lo que deba Medina V. a Villalba, por concepto del saldo de veintidós mil ochocientos sesenta pesos ($ 22.860.00), de que trata la cláusula octava de la citada escritura número quinientos cincuenta y seis (556) de diez y siete (17) de agosto de mil novecientos cincuenta y uno (1951), de la Notaría Cuarta del Circuito de Barranquilla.

Quinto. Al transcurrir el lapso determinado en el punto anterior, sin que Celio Villalba hiciere uso de la opción de consentir en la rescisión del contrato o de mantenerlo, se entenderá que consiente en ella, caso en el cual Medina V. deberá pagar a Villalba las cantidades de doce mil cuatrocientos cuarenta y ocho pesos ochenta y cinco centavos ($ 12.448.85) y trece mil setecientos setenta y seis pesos un centavo ($ 13.776.01), por las cuales se hizo, respectivamente, la dación de los mencionados bienes raíces, más los intereses legales causados desde el diez y seis (16) de abril de mil novecientos cincuenta y tres (1953) hasta cuando se efectúe el pago; y Villalba deberá restituír a Medina V. los inmuebles de que trata el punto segundo de esta resolución, previamente purificados de hipotecas u otros derechos reales que el adquirente hubiere constituído sobre ellos en el tiempo intermedio, más los frutos a partir del diez y seis (16) de abril de mil novecientos cincuenta y tres (1953), fecha de la demanda, hasta el día de la restitución de los inmuebles.

Sexto. En el caso del punto anterior, el mismo demandante abonará al demandado el valor de las mejoras que éste hubiere hecho en las fincas objeto de la rescisión, y a cuyo reconocimiento tuviere derecho de conformidad con la ley. A este efecto se dará al demandado el tratamiento de poseedor de buena fe hasta la notificación de la demanda.

Séptimo. Los frutos a que se refiere el punto quinto y las mejoras que el demandante deba reconocer al demandado, de acuerdo con la ley, serán regulados dentro del procedimiento del artículo 553 del Código Judicial. Las recíprocas prestaciones serán compensables hasta concurrencia de sus valores y el demandado podrá hacer

uso del derecho de retención en los términos de la ley.

Octavo. Sin especial condenación en las costas del recurso extraordinario.

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

Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

NULIDAD

Como sanción, debe estar expresamente contemplada. — Causal 1ª de casación. — Qué consagra. — Violación directa de la ley material. — Sustentación del cargo. — Filiación natural. Es inconducente alegar aplicación indebida de los artículos 4º y 5º de la Ley 45 de 1936. Prueba testimonial. — Condiciones del ataque a la apreciación hecha por el Tribunal.

1. La causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial consagra el derecho de atacar las sentencias sujetas al recurso de casación por violación de la ley material; por vía directa, cuando el fallo contiene conceptos contrarios a los de la ley, causados por interpretación equivocada de ella, o, por aplicación indebida al caso juzgado o falta de aplicación; por vía indirecta, cuando el desvío o infracción de la ley encuentra su causa en la falta de apreciación o en la errada valoración de la prueba. Se está entonces frente a un error en el juicio del fallador (in judicando) que vicia el contenido de la sentencia y encuentra el error en la aplicación de la ley sustancial. Las otras causales del artículo 520 se refieren principalmente a errores de actividad (in procedendo).

2. No es ciertamente posible postular cargo por violación directa de los artículos 1740 y 1741 del Código Civil, y 2º de la Ley 50 de 1936, que se refieren a las nulidades de los actos o contratos de carácter civil en lo que respecta al mismo acto o contrato, según su especie y a la calidad o estado de las partes, extendiendo su concepto a las nulidades de carácter procesal, de contenido y efectos propios, ni menos a la ausencia de formalidades para recibir prueba de testigos en el juicio. Ni aun en el orden puramente procesal, la falta de las formalidades señaladas por el recurrente, afecta de nulidad las declaraciones. Otros son los caminos que la instancia propicia para corregir esas deficiencias; pero no la nulidad que, como sanción, debe estar expresamente contemplada.

3. La sustentación del cargo por violación directa de la ley material se hace sin acudir a la prueba aducida al juicio. La comparación de la sentencia con la ley, en tal caso, se efectúa con prescindencia de los medios de comprobación. Se examina solamente si el derecho se aplicó debidamente a hechos que en casación se toman por ciertos. Si de ese cotejo resulta que efectivamente las normas de carácter sustancial aplicadas, no son las que definen la controversia, porque el caso no está comprendido dentro de las previsiones legales, el recurso es procedente, de lo contrario, su denegación se impone.

4. Previstos por los artículos 4º y 5º de la Ley 45 de 1936, hechos que debidamente comprobados conducen a la declaración de paternidad natural, no es conducente alegar aplicación indebida de esas normas precisamente destinadas a regular esas situaciones, en juicios en que se busca obtener la definición del estado de hijo natural.

5. Para obtener éxito en el ataque a la apreciación que de la prueba testimonial hiciera el Tribunal, no es suficiente afirmar, de manera general e inconcreta, que hubo equivocación en su valoración. Es necesario señalar las declaraciones mal apreciadas y fijar en qué consistió el desvío del fallador. Hablar de equivocada valoración del "acervo probatorio" es hacer una afirmación que, por indeterminada, carece de sentido en casación, que no es tercera instancia, sino recurso extraordinario de contornos propios y limitados e inconfundible con las instancias.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, veintiséis de octubre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Enrique Coral Velasco).

Es demandante en este juicio de filiación natural Carmen Rosa Rivera C., y demandados Emilia, Laura, Pastora y Pablo Pareja, "en su carácter de representantes actuales de la sucesión de Rafael Pareja C.". La actora solicita se declare que sus hijos Judith Eunice, Rafael Antonio, Juan Gabriel, Rosa María o Juana Rosa, Guillermo León y Ana Cayetana, a quienes por ser menores representa en calidad de madre, son hijos naturales de Rafael Pareja C.

La demanda se funda en la Ley 45 de 1936 y en los artículos 370, 398, 399, 401, 402, 403, 404 y concordantes del Código Civil; artículos 61, 62, 68, 69, 73 y 78 de la Ley 153 de 1887, y artículos 205, 734, 736, 737, 738 y concordantes del Código Judicial.

Los hechos de la demanda afirman que entre Rafael Pareja C. y Carmen Rosa Rivera existieron relaciones sexuales estables y notorias, que principiaron en 1938 y duraron por más de diez años. Relata esta parte del libelo cómo y dónde surgieron esas relaciones, de las cuales en los años de 1939, 1942, 1945, 1947, 1949 y 1951 nacieron las personas antes citadas. La invocación como causales para el reconocimiento de algunos de los hijos por razón de esas relaciones y de otros por la posesión notoria del estado civil de hijos naturales, determinó a la actora a invocar las disposiciones legales que antes se citaron.

En la contestación de la demanda se aceptaron unos hechos, otros se negaron, y se propusieron excepciones perentorias.

Durante la primera instancia del juicio se propuso por la parte demandada incidente de nulidad por falta de personería de la parte actora, con fundamento en que en la partida notarial de nacimiento de Ana Cayetana Pareja, aparece ésta como hija legítima de Antonio Pareja y Carmen Rosa Rivera. La declaración de nacimiento fue hecha por Rosa M. Castaño. Este incidente fue resuelto negativamente por el Juzgado con base en que, "como ni dentro del juicio en que se está actuando, ni durante el término probatorio otorgado en este incidente se trajo la prueba sobre el matrimonio de los señores Antonio Pareja y Carmen Rosa Rivera, necesario es admitir que Ana Cayetana Rivera o Pareja, a pesar de que en el acta de nacimiento se diga que es hija legítima del primero, es hija natural de la segunda, quien por esta calidad puede muy bien representarla en juicio". La providencia referida fue confirmada por el Tribunal de Pereira el 25 de enero de 1956.

Después de resolver otros incidentes, que varios los tuvo el juicio, el Juzgado Civil del Circuito de Armenia (C) declaró que los hijos naturales de Carmen Rosa Rivera lo son también de Rafael Pareja C., y negó las excepciones perentorias propuestas.

Apelada esta sentencia por la parte demandada, el Tribunal la confirmó en cuanto se declaran no probadas las excepciones perentorias; y la revocó en cuanto reconoció la calidad de hijos naturales de todos los demandados, y en su lugar resolvió lo siguiente:

"a) Declárase que la menor Ana Cayetana Rivera, nacida en Quimbaya el 24 de octubre de 1951, es hija natural de Rafael Pareja C., ya fallecido, para todos los efectos civiles señalados por las leyes, por haber demostrado esa calidad, de acuerdo con lo dispuesto por el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936;

"b) Declárase que los menores Judith Eunice y Rafael Antonio Rivera, nacidos en Quimbaya el 12 de febrero de 1939 y 6 de noviembre de 1942, respectivamente, son hijos naturales de Rafael Pareja C., ya fallecido, para todos los efectos civiles señalados por las leyes, por haber demostrado esa calidad, de acuerdo con lo dispuesto por el numeral 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936;

"3º Al margen de las partidas de nacimiento de los mencionados Rivera, tómese nota de la filiación natural de los mismos menores que por esta sentencia se declara respecto del finado Rafael Pareja C., para los efectos del artículo 370 del Código Civil y en la forma determinada en el artículo 33 del Decreto ejecutivo número 1033 de 1938, una vez que esta sentencia quede ejecutoriada, y

"4º Modifícase el numeral cuarto de la sentencia recurrida condenando a la parte demandada a pagar solamente la mitad de las costas de este juicio, en ambas instancias".

El Tribunal estudió largamente la prueba traída al juicio, analizando la testifical, tanto unitaria como comparativamente, y de ese estudio concluyó en la forma transcrita, pues encontró probado con relación a Ana Cayetana, lo previsto en el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, y relativamente a Judith Eunice y Rafael Antonio Rivera, el motivo del numeral 5º del artículo 4º de la citada ley.

La demanda de casación.

A través de la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, se impugna la sentencia por errores de derecho y error manifiesto de hecho, y así en el Capítulo I expresa la demanda:

"Fundo esta demanda en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, por ser la sentencia recurrida violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa de los artículos 686, 687, 691 del Código Judicial, y 1740 y 1741 del Código Civil, y 2º de la Ley 50 de 1936, y por aplicación indebida de los artículos 697 del Código Judicial y 4º de la Ley 45 de 1936".

Para explicar el cargo la demanda discurre de esta suerte:

"Ciertamente, el testimonio es un acto que tiene especiales consecuencias en el juicio. Por esta causa la ley lo rodea de precauciones y ordena solemnidades especiales en su recepción, que no están sujetas al capricho de los funcionarios, a fin de que se produzca con plena validez y ofrezca la máxima garantía de seguridad para la justicia. No otra es la razón del parágrafo 3º, *Formalidades,* del Capítulo VII del Código Judicial, al cual pertenecen los artículos 686, 687 y 691, que imponen formalidades especiales en la recepción del testimonio y prohibe, el último citado, ciertos vicios o rutinas en la escritura de la diligencia en que se hace constar el testimonio, por ser tales vicios fuentes constantes de duda y error. Ahora bien, basta con leer cada una de las diligencias o actas testimoniales, cuaderno número 2, folios 10 y siguientes, para evidenciar en ellas que cada uno de los testigos 'expuso al punto a)...' ...', al punto b)...' ...', al punto c), etc.'. No se cumplió en esta forma la solemnidad exigida por los artículos 686 y 687 del Código Judicial, que ordenan interrogar al testigo y formular preguntas, y sí se incurrió en la prohibición expresa contenida en el artículo 691, ibídem, de *no usar abreviaturas.* Estos son requisitos o formalidades exigidos por la ley en consideración a la naturaleza del *acto* testimonial en juicio, que se omitieron, y, por lo mismo, no surgieron a la vida jurídica con la eficacia propia que les otorga la ley a los testimonios recibidos en juicio con las formalidades imperadas, quedando afectados de la nulidad absoluta que prescriben los artículos 1740 y 1741 del Código Civil, cuando dicen: 'Es nulo todo acto... a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto, según su especie...' '... la nulidad producida por omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos... en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan....., son *nulidades absolutas'.* Estas normas fueron directamente infringidas o violadas, al no ser aplicadas por el honorable Tribunal de Pereira en el examen obvio de las solemnidades o formalidades del testimonio, por lo cual dio plena eficacia jurídica a los mismos, aplicando indebidamente el artículo 697 del Código Judicial, en lugar de hacer uso de la competencia que le atribuye el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, norma esta directamente violada por falta de aplicación".

El segundo error de derecho, propuesto por el recurrente, es "en la estimación de la prueba, ocasionando la infracción por aplicación indebida de las causales 563, 664, 665, 666 del Código Judicial, que lo condujeron (al Tribunal) de la mano a la aplicación indebida de la causal 5ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, por infracción directa de los artículos 6º, ibídem, 398 y 399 del Código Civil".

"Basta —dice el recurrente— con leer el acervo probatorio para contestar que no se ha probado: 1º Que durante diez años continuos Rafael Pareja proveyó a la educación de Eunice y de Rafael; 2º Que no se intentó probar siquiera, que hubiese provisto a su establecimiento. Si acaso resulta establecido que Carmen Rosa Rivera vivió en casa propia de Rafael Rivera en su hacienda 'Palermo', que de vez en cuando le mandaba 'remesas', mercado, carne y víveres, y aun leche; entre siete hijos que tiene la Rivera, muchos de los testigos no identifican por su nombre propio a aquellos para los cuales Pareja tenía especiales deferencias de padre, si por tales puede tenerse el hecho de que el muchacho le dijera 'papá, deme diez o cinco', y él se los daba, como alguno lo afirma. Esto puede probar que Rafael Pareja proveía a la subsistencia durante un tiempo, más o menos largo, no continuo, de diez años, provisión a la subsistencia que bien puede atribuírse al cumplimiento de obligaciones patronales, pues bien probado está en el juicio que Carmen Rosa Rivera era administradora de parte de su hacienda 'Palermo' y, además, cogía café. No aparece en el proceso una sola declaración de maestro de los niños, ni certificación de matrícula o algo parecido, de lo cual pueda desprenderse que el presunto padre proveía a la educación de los mismos, o siquiera que éstos pasaron por una escuela. Todas estas fallas de las pruebas, y más que podrían anotarse sin el temor a fatigante estudio, demuestra que hubo, por parte del honorable Tribunal de Pereira, una

desconsiderada extensión en la apreciación de las pruebas aportadas al proceso, obteniendo de ellas la plenitud 'irrefragable' exigida por la ley, cuando carecían de tal plenitud".

Error de hecho. Lo encuentra el recurrente en que el Tribunal no vio que Ana Cayetana Pareja aparece en la partida de nacimiento como hija legítima de Antonio Pareja y Carmen Rosa Rivera, y entonces asevera el recurrente:

"El honorable Tribunal de Pereira no vio esta prueba, al fallar. La omisión de este documento lo condujo a la infracción directa del artículo 392 del Código Civil, que establece la presunción 'de autenticidad y pureza' del mismo, por falta de aplicación a la controversia; esta omisión, que salta a la vista en el fallo que puso fin al proceso, condujo a la infracción directa del artículo 704 del Código Judicial, en cuanto ordena al Juez apreciar los testimonios 'teniendo en cuenta, especialmente en *guarda de los derechos de terceros* (subrayo), los principios de la ciencia de las pruebas, sin olvidar que, como regla general *entre las partes* (subrayo), los documentos auténticos... forman plena prueba. Estas violaciones directas condujeron al honorable Tribunal de Pereira a la aplicación indebida de los artículos 696 y 697 del Código Judicial, relativos a la estimación del testimonio, pues sin haberse controvertido y demostrado la falsedad de aquel documento, se aplicaron con el rigor de plena prueba a los dichos de los testigos, por lo cual se produjo el fallo, en cuanto a Ana Cayetana Pareja, hija de *Antonio,* con la aplicación de la causal 4ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, a *Ana Cayetana Rivera,* como hija de Rafael, por relaciones notorias y *estables* de éste con Carmen Rosa Rivera".

La Corte considera:

1º La causal primera del artículo 520 del Código Judicial consagra el derecho de atacar las sentencias sujetas al recurso de casación por violación de la ley material; por vía directa, cuando el fallo contiene conceptos contrarios a los de la ley, causados por interpretación equivocada de ella, o, por aplicación indebida al caso juzgado o falta de aplicación; por vía indirecta, cuando el desvío o infracción de la ley encuentra su causa en la falta de apreciación o en la errada valoración de la prueba. Se está entonces frente a un error en el juicio del fallador (in judicando) que vicia el contenido de la sentencia y encuentra el error en la aplicación de la ley sustancial. Las otras causales del artículo 520 se refieren principalmente a errores de actividad (in procedendo).

2º Los distintos medios de impugnación requieren desde el punto de vista formal la debida presentación (C. J. 531), para que por habilidad intrínseca de la demanda pueda procederse a su estudio de fondo. De lo contrario la demanda está condenada al insuceso. La que ahora se estudia, en lo que respecta a los errores de derecho, está afectada de inhabilidad formal y, por consiguiente, de improcedencia, en razón de que señala como violadas directamente disposiciones de contenido puramente rituario, como son los artículos 686, 687 y 691 del Código Judicial.

3º No es ciertamente posible postular cargo por violación directa de los artículos 1740 y 1741 del Código Civil y 2º de la Ley 50 de 1936, que se refieren a las nulidades de los actos o contratos de carácter civil, en lo que respecta al mismo acto o contrato, según su especie, y a la calidad o estado de las partes, extendiendo su concepto a las nulidades de carácter procesal, de contenido y efectos propios, ni menos a la ausencia de formalidades para recibir prueba de testigos en el juicio. Ni aun en el orden puramente procesal, la falta de las formalidades señaladas por el recurrente, afecta de nulidad las declaraciones. Otros son los caminos que la instancia propicia para corregir esas deficiencias; pero no la nulidad que, como sanción, debe estar expresamente contemplada.

4º La sustentación del cargo por violación directa de la ley material, se hace sin acudir a la prueba aducida al juicio. La comparación de la sentencia con la ley, en tal caso, se efectúa con prescindencia de los medios de comprobación. Se examina solamente si el derecho se aplicó debidamente a hechos que en casación se toman por ciertos. Si de ese cotejo resulta que efectivamente las normas de carácter sustancial aplicadas no son las que definen la controversia, porque el caso no está comprendido dentro de las previsiones legales, el recurso es procedente, de lo contrario su denegación se impone.

5º Previstos por los artículos 4º y 5º de la Ley 45 de 1936, hechos que debidamente comprobados conducen a la declaración de paternidad natural, no es conducente alegar aplicación indebida de esas normas precisamente destinadas a regular esas situaciones, en juicios en que se busca obtener la definición del estado de hijo natural.

6º Para obtener éxito en el ataque a la apreciación que de la prueba testimonial hiciera el Tribunal, no es suficiente afirmar, de manera

general e inconcreta, que hubo equivocación en su valoración. Es necesario señalar las declaraciones mal apreciadas y fijar en qué consistió el desvío del fallador. Hablar de equivocada valoración del "acervo probatorio" es hacer una afirmación que, por indeterminada, carece de sentido en casación, que no es tercera instancia, sino recurso extraordinario de contornos propios y limitados, e inconfundible con las instancias.

7º En cuanto al error evidente por no ver el fallador la partida de nacimiento de Ana Cayetana Pareja, y por eso haberle reconocido la calidad de hija natural de Rafael Pareja, resulta infundado el cargo, por cuanto el Tribunal sí apreció la partida dicha, y si no la tuvo en cuenta como apta para acreditar el estado de hija legítima, fue por la ausencia en el proceso de la partida de matrimonio.

RESOLUCION:

Por lo dicho, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, de fecha diez (10) de noviembre de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), proferida en el juicio ordinario de Carmen Rosa Rivera contra la sucesión de Rafael Pareja, sobre filiación natural.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial*, y regrese el expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira.

Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velasco, José Hernández Arbeláez. — Alejandro Bernate, Conjuez, *José María Esguerra Samper,* Conjuez, *Enrique J. González,* Conjuez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

ACCION DE RECOBRO

Cumplimiento de la carga impuesta en reivindicación a quien tiene el objeto en sus manos, sin ser el poseedor.

Se caracteriza la acción de recobro porque el demandado no contradice el dominio del actor y limita su interés a la efectividad de lo que se le deba con respecto al objeto perseguido en sus manos. El demandado se reconoce deudor de la entrega, pero a cambio de recibir simultáneamente la contraprestación que pretende por causa de la cosa mantenida en su poder a título precario, con la exclusiva finalidad de recibir satisfacción del crédito cuya titularidad no le basta alegar sino que debe establecer plenamente en el debate judicial.

Mas si en concreto sucede que el demandado en reivindicación niega perentoriamente la titularidad del actor, carece de base para presentar en el recurso extraordinario postura alguna conducente a la acción de recobro.

La reticencia es inadecuada al cumplimiento de las obligaciones legales que surgen de los artículos 953 del Código Civil y 214 del Código Judicial. Pues sobre el mero tenedor de la cosa que se reivindica, gravita el deber de declarar el nombre y residencia de la persona a cuyo nombre la tiene; lo que es incompatible con cualquier género de reserva, incertidumbre o equívoco. Como tampoco hay cabida a posiciones intermedias ante la disyuntiva de decir sí o no, "cuando alguno es demandado diciéndose de él que tiene la cosa en su poder", pues "si no es así, debe expresarlo en la contestación". De suerte que si la cosa está en su poder y no es poseedor, será simplemente porque es tenedor con la obligación ineludible de señalar sin ambages la persona en nombre de la cual está en relación con el objeto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, ocho (8) de noviembre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez).

Sobre un terreno con casa de habitación ubicado en el paraje de "Cambia", región de Rabo de Zorro, Municipio de Risaralda, y por linderos que el libelo señala, Félix Antonio o Feliciano Morales instauró acción reivindicatoria contra Reinaldo Gutiérrez como ocupante de hecho y poseedor de mala fe.

El demandado se opuso, negó los hechos y el derecho del actor, y dentro de varias excepciones que adujo aparece "la de *inepta demanda,* consistente en que la demanda se ha dirigido contra persona diversa de la obligada a responder por las cosas que se demandan. En efecto —expresa—, Reinaldo Gutiérrez no es dueño del predio y mejoras que se demandan".

El Juez 3º Civil del Circuito de Manizales por sentencia del 23 de noviembre de 1960, puso fin al litigio en primer grado, así:

"1º No se declaran probadas las excepciones propuestas.

"2º Decrétase, a favor del señor Félix Antonio Morales, la reivindicación del inmueble a que se refiere la demanda y de que trata la escritura número 105 del Municipio de San Joaquín (Risaralda), de fecha 25 de febrero de 1928.

"3º El demandante está en la obligación de pagar las mejoras plantadas por el demandado, cuyo avalúo asciende a la suma de seis mil noventa pesos, de acuerdo con el peritazgo rendido por el señor Horacio Herrera, y que obra a folios

62 y siguientes del cuaderno número dos, de cuyo monto se han excluído las mejoras de corta duración.

"4º El demandado pagará al demandante los frutos que el inmueble haya producido a partir de la contestación de la demanda, así como aquellos que el dueño hubiere podido producir con mediana actividad e inteligencia si hubiera tenido la cosa en su poder, con derecho para el demandado a que se le abonen los gastos ordinarios que haya invertido en producirlos.

"5º La condenación a que hace referencia el ordinal anterior se liquidará por el procedimiento establecido en el artículo 553 del Código de Procedimiento Civil, fijándose como término para la presentación de las demandas el de un mes, contado a partir de la ejecutoria de esta providencia.

"6º El demandado podrá hacer uso del derecho de retención sobre el inmueble, hasta el momento en que el demandante le cubra la suma expresada en el numeral 3º de esta sentencia.

"7º Condénase a la parte demandada a las costas de este juicio".

Fue abierta la segunda instancia por apelación de ambas partes, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, con fecha 12 de diciembre de 1961, decidió:

"1º Se confirman los numerales 1º y 2º, 5º y 7º de la parte resolutiva de la sentencia recurrida, con la *adición* del numeral *2º*, en el sentido de que el demandado restituirá el inmueble dentro de los tres días siguientes a la declaratoria de ejecutoria de este fallo, so pena de ser lanzado por el señor Juez del conocimiento, o por la autoridad que éste designe, dentro de los tres días subsiguientes, haciendo uso de la fuerza si fuere necesario.

"2º Se *revoca* el numeral tercero de esa resolutiva y, en su lugar, se *declara* que el demandado carece de derecho a indemnización por concepto de mejoras.

"3º Se *confirma* el numeral cuarto de la misma resolutiva, con la *aclaración* de que el demandado debe los frutos que el inmueble haya producido o hubiere podido producir desde el día 8 de julio de 1957, fecha en que se encontraba en posesión del bien y en que fue requerido por el demandante.

"4º Se *revoca* el numeral sexto de la misma resolución.

"5º Se condena al demandado en las costas causadas en esta instancia".

Cumple ahora a la Corte resolver el recurso de casación interpuesto por la parte vencida.

El fallo acusado.

Encuentra la prueba del dominio en el actor por la escritura 105 de 25 de febrero de 1928, Notaría de Risaralda, en que Félix Antonio Morales le compra a Manuel González el inmueble reivindicado, sin que la contraparte opusiera título alguno, ni posesión anterior.

Acerca del estado posesorio de Reinaldo Gutiérrez al afrontar la litis, y con referencia al artículo 953 del Código Civil, alude el Tribunal a que el demandado asumió posición contradictoria y equívoca en la respuesta al libelo, como fundamento de la excepción de inepta demanda, cuando dijo no ser dueño del predio y mejoras, sin tratar de desvirtuar su calidad de poseedor, "pues ni siquiera afirmó —expresa el sentenciador— a nombre de quién ejercía la tenencia del inmueble".

Sobre la alegación de que Gutiérrez apenas fuese simple administrador de Humberto Jurado, el Tribunal examina varios elementos, y en particular se refiere a las posiciones absueltas por el demandado y a la inspección ocular sobre el terreno, para desprender de todo ello que Gutiérrez "ha asumido dentro del juicio una posición inequívoca de poseedor", sin que por lo demás exista prueba alguna de la posesión de Jurado.

La impugnación.

Quiere el recurrente que la sentencia se case, o en subsidio —dice— que sea enmendada "en el sentido de que la acción es de recobro y no existe mala fe".

Indiscriminadamente invoca todos los aspectos que la causal 1ª encierra, y afirma que fueron infringidos, por no aplicación, estos artículos del Código Civil: 2577, sobre lo que es la escritura pública; 2637, que señala los principales objetos del registro; 1749, acerca de que la nulidad declarada a favor de uno o de varios contratantes con tercera persona, no aprovecha a los otros, y 740, que define la tradición.

A manera de sustentación, alude a la escritura 81 de 9 de abril de 1957, sobre venta de mejoras por Joel Rincón y Ligia Ospina a Humberto Jurado; manifiesta entender que al contestar la demanda Gutiérrez "dijo que el dueño de las mejoras era Humberto Jurado", y asevera que en el mismo sentido hay una declaración de Roberto Paeres; alega que el Tribunal desestimó el valor de la dicha escritura 81 y pasó por en-

cima de la institución del registro, como si no existiera, por todo lo cual violó las referidas normas, del propio modo que el artículo 739 del Código Civil, por cuanto "la acción no es sino de *recobro,* debido a que en todo tiempo fue reconocido su derecho a la tierra y sólo se le exigió el pago de mejoras. En el juicio —agrega— nada había qué reivindicar si sólo cabía el recobro".

Entiende, en fin, que el demandado Gutiérrez no es poseedor, porque la escritura 81 prueba que las mejoras son de propiedad de Humberto Jurado; y que la sentencia es injusta, "porque condena a un administrador a pagar lo que no debe", y porque "ha calificado erróneamente las cualidades jurídicas que revisten las circunstancias del hecho de la posesión, con lo que violó el artículo 762 del Código Civil".

CONSIDERACIONES:

1. Se caracteriza la acción de recobro porque el demandado no contradice el dominio del actor y limita su interés a la efectividad de lo que se le deba con respecto al objeto perseguido en sus manos. El demandado se reconoce deudor de la entrega, pero a cambio de recibir simultáneamente la contraprestación que pretende por causa de la cosa mantenida en su poder a título precario, con la exclusiva finalidad de recibir satisfacción del crédito, cuya titularidad no le basta alegar sino que debe establecer plenamente en el debate judicial.

2. Mas si en concreto sucede que el demandado en reivindicación niega perentoriamente, como Reinaldo Gutiérrez ha negado, la titularidad del actor, carece de base para presentar en el recurso extraordinario postura alguna conducente a la acción de recobro. Con mayor razón, cuando de ningún modo se ha desvirtuado el análisis probatorio que permitió al sentenciador hallar en Gutiérrez el sujeto pasivo de la acción reivindicatoria como inequívoco poseedor del objeto.

3. La reticencia es inadecuada al cumplimiento de las obligaciones legales que surgen de los artículos 953 del Código Civil y 214 del Código Judicial. Pues sobre el mero tenedor de la cosa que se reivindica gravita el deber de declarar el nombre y residencia de la persona a cuyo nombre la tiene; lo que es incompatible con cualquier género de reserva, incertidumbre o equívoco. Como tampoco hay cabida a posiciones intermedias ante la disyuntiva de decir *sí* o *no,* "cuando alguno es demandado diciéndose de él que tiene la cosa en su poder", pues "si no es así debe expresarlo en la contestación". De suerte que si la cosa está en su poder y no es poseedor, será simplemente porque es tenedor con la obligación ineludible de señalar sin ambages la persona en nombre de la cual está en relación con el objeto.

4. Con solo decir Gutiérrez, a propósito de excepción de inepta demanda, que ni era dueño de la tierra ni de las mejoras, mal podía cumplir las antedichas obligaciones de ley como demandado en reivindicación, para verse libre de condena por esa causa. Con la circunstancia adicional de que sin ser titular de las mejoras tampoco se tipifica la acción de recobro. Y menos sin reconocer a la vez el dominio del actor sobre la cosa demandada, ya que por el contrario Reinaldo Gutiérrez le negó a Félix Antonio Morales el derecho con que la acción fue instaurada.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha 12 de diciembre de 1961, proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial,* y vuelva el proceso al Tribunal de su origen.

Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez R., Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada, José Hernández Arbeláez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA. — SU OBJETO

El hecho de la posesión hace presumir el derecho.

1. La acción reivindicatoria tiene por objeto precisamente recuperar la posesión perdida, y sólo a base del estado posesorio en el reo puede prosperar la acción, porque ésta —lo ha dicho la Corte— es el instrumento que el titular del derecho tiene contra quien se enfrenta a él pretendiendo el dominio a través de la posesión.

2. A términos del artículo 762 del Código Civil, el hecho de la posesión hace presumir el derecho. Pero esta presunción es legal, esto es, subsiste mientras no se demuestre que el derecho lo tiene otro. El derecho —o más claro, el mejor derecho— pertenece a otro, por los distintos títulos y modos reconocidos por la ley, pero cuando éstos convergen en la usucapión, cuya raíz primaria es la posesión, mal puede existir el mejor derecho si quien lo pretende tuvo la cosa en calidad de tenedor, y así lo reconoció en época a partir de la cual no había transcurrido el tiempo de la prescripción extraordinaria cuando la demanda fue incoada.

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

(Magistrado ponente: doctor José J. Gómez R.).

Juicio de Daniel Morales y otros contra Pedro Antonio Morales.

Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, fechada el 5 de septiembre de 1961.

Recurrente: la parte demandada.

I

Antecedentes.

1. El Juez Civil del Circuito de Salamina (Distrito Judicial de Manizales) absolvió al demandado Pedro Antonio Morales de los cargos de la demanda de reivindicación que de unas cuotas proindiviso en el inmueble denominado "El Reposo", le formularon Nicolás de J., José Antonio, Jorge Julio, Eva Tulia y María Estela Morales —ésta, además, como subrogataria de José Ricardo Morales—, Daniel Morales y Luis Zuluaga, éste como subrogatario de Luis Morales.

El inmueble en referencia está situado "en el paraje de Alegrías, Municipio de Aranzazu, mejorado con café, pastos, monte y una casa de habitación, con acueducto metálico, y tiene estos linderos: del alto de los Ocampos, hasta un amagamiento; éste abajo, al río Chamberí; río Chamberí abajo, hasta donde le sale la quebrada El Hoyo; ésta arriba, lindero con Manuel Morales y José A. Alzate, hasta el lindero con propiedad de Bruno Serna y Ramón Elías Gutiérrez; siguiendo chamba arriba, lindando con Bruno Serna, hasta el primer lindero".

"El Reposo" se le adjudicó a los actores y a María Pastor Morales, en la sucesión de Zoila Rosa Serna de Morales, y en la doble de María Josefa Morales de Gómez y Matilde Montoya de Gómez. Fue avaluado en la suma de cuarenta mil pesos ($ 40.000.00); una cuota de veintisiete mil seiscientos doce pesos ochenta y un centavos ($ 27.612.81) les fue asignada en común a los nombrados demandantes, y la de doce mil trescientos ochenta y siete pesos diez y nueve centavos ($ 12.387.19) a María Pastora Morales, quien no figura como actora.

2. El Juez negó lo pedido y condenó en costas a los demandantes. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, por apelación de los mismos, revocó la sentencia del Juez; declaró no probadas las excepciones propuestas; ordenó al demandado restituír las cuotas referidas, los frutos correspondientes como poseedor

de mala fe y le impuso las costas de ambas instancias.

De este fallo recurrió el mismo litigante para ante la Corte, y tanto él como los actores han intervenido oportunamente en el procedimiento.

II

La sentencia acusada.

3. En lo concerniente a los elementos de la reivindicación, halla establecidos: la identidad y la singularidad del bien y la posesión del demandado. En cuanto al dominio, se refiere en primer término, a las hijuelas en las cuales consta que a los actores Nicolás de Jesús, María Pastora, José Antonio, Jorge Pulido, Eva Tulia, María Estela y José Ricardo Morales S. y Luis Zuluaga, les fue adjudicada en el juicio mortuorio de Zoila Rosa Serna de Morales, una cuota indivisa de veintisiete mil seiscientos doce pesos ochenta y un centavos ($ 27.612.81), en relación con un justiprecio total de cuarenta mil pesos ($ 40.000.00), y a Daniel Morales la de doce mil trescientos ochenta y siete pesos y diez y nueve centavos ($ 12.387.19) en el mismo inmueble, en la sucesión doble de María Josefa Morales de Gómez y Matilde Montoya de Gómez.

Considera, de acuerdo con doctrina de la Corte, que tales títulos declarativos son suficientes para demostrar el derecho de los demandantes, en ausencia de titulación de parte del demandado; pero como éste posee la finca y ha propuesto la excepción de prescripción adquisitiva extraordinaria del dominio, plantea la cuestión de si se ha configurado esta defensa.

4. Al respecto de la prueba indispensable para ello, dice:

"Para demostrar dicha posesión el señor apoderado de la parte demandada hizo recibir declaraciones de los señores Gonzaga Morales, Gonzaga Montoya, José Manuel Morales y Diego Alzate López, visibles a los folios 5 a 8 del cuaderno número 3. Dichos señores afirman en forma categórica que el demandado Pedro A. Morales desde hace más de veinte años viene ejerciendo toda clase de actos de dominio y que ha incorporado mejoras en el inmueble, tales como pastos, cafetales, sombríos, plátano, etc. La declaración que hacen sobre posesión es rotunda, pues todos afirman que durante veinte o más años el demandado está poseyendo el inmueble materia del juicio, con actos propios de señor y dueño; todos declaran en el año de 1960, luego, según ellos, tal posesión arranca desde el año de 1940 o antes, porque sólo así se comprende todo el tiempo que según ellos, ha estado poseyendo el reo.

"Estas declaraciones realmente no son muy eficaces, o al menos presentan fallas en cuanto a los requisitos que debe reunir todo testimonio para que sea aceptable. Y la prueba de que los testigos se guiaron por una apariencia de posesión o no dijeron la verdad está en lo que a continuación se pasa a analizar:

"A folios 8 del cuaderno de pruebas de la parte actora se encuentra copia auténtica de algunas piezas de un juicio de lanzamiento instaurado por el señor Alejandro Gómez B. contra el señor Pedro Morales, relativo al mismo inmueble a que se refiere la presente acción, ya que se le denomina con el nombre de 'El Reposo', en el paraje de Alegrías, del Municipio de Aranzazu, y exactamente por los mismos linderos señalados en la demanda.

"En el libelo se hacen algunas afirmaciones que fueron asentidas por la parte demandada. Dicha pieza dice, entre otras cosas, que Alejandro Gómez B. colocó a Pedro Morales como administrador de la finca denominada 'El Reposo', antes descrita. Que le entregó, para que pudiera cumplir la administración, la única casa que tiene dicho inmueble. Que la administración de Pedro Morales terminó hace bastante tiempo (la demanda tiene fecha 27 de mayo de 1952), y que no obstante eso, dicho señor se ha negado a entregar la casa que se le había prestado para los fines de su administración.

"Al contestar la demanda, por conducto de apoderado, se hacen algunas confesiones que son de consecuencias importantísimas para la solución del problema que se viene tratando. Dice entre otras cosas el señor apoderado del demandado: '1º Es cierto que don Alejandro Gómez colocó a don Pedro Morales como administrador de la finca de 'El Reposo' hace unos catorce años. Precisamente por este concepto le adeuda la cesantía por tal servicio. Que dicha finca queda situada en el paraje de Alegrías, y cuyos linderos son los mismos que cita el demandante, o sea: (Aquí los linderos). 2º Que también es cierto que don Alejandro Gómez, al tiempo de encomendarle la administración, le entregó la única casa de habitación que hay en tal finca, para que pudiese ejercerla cómodamente. 3º Que también es cierto que la administración de tal finca, por parte de don Pedro Morales, terminó hace poco, y no obstante se quedó viviendo por razones que más adelante expondré. 4º Que puede ser factible que sin la casa de habitación la dicha administración se haga un poco incómoda,

pero tampoco como para presumirla imposible. 5º Que es cierto que el señor Pedro Morales ha sido requerido para entregar, y que no lo ha hecho por razones poderosas que analizaré a fondo en el término probatorio, y que ahora diré suscintamente en las razones de oposición a la demanda'. Esta respuesta, en la cual se hacen confesiones tan categóricas, lleva fecha 3 de julio de 1952.

"Aunque se hace alución a toda la finca denominada 'El Reposo' materia del juicio reivindicatorio, en realidad de verdad la demanda de lanzamiento sólo tenía por objeto recuperar la casa de habitación de ese inmueble, y a eso se concretaron las peticiones de la demanda. El Juez del Circuito de Salamina decretó el lanzamiento en sentencia publicada el 5 de agosto de 1952, confirmada luego por el Tribunal Superior de este Distrito en sentencia de 11 de febrero de 1953.

"Según el inciso segundo del artículo 607 del Código Judicial, es válida la confesión del apoderado judicial cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la que se presume para los escritos de demanda y excepciones y de las respuestas correlativas. Como aparece de las respectivas sentencias cuyas copias se trajeron a los autos, el demandado en el juicio de lanzamiento contestó por medio de apoderado, quien hizo las confesiones que antes se enumeraron, las cuales deben tenerse como tales porque ninguna prueba se ha traído de que el apoderado del demandado en ese juicio no tenía autorización para hacerlas.

"Esta confesión borra, desde luego, todo lo afirmado por los testigos sobre posesión del demandado, ya que en realidad éste no era más que un mero tenedor por cuenta del señor Alejandro Gómez B., en su carácter de administrador de 'El Reposo', carácter que confiesa hasta el año de 1952, cuando se hicieron las manifestaciones categóricas sobre la calidad o condición de que estaba investido. Si en tal época el demandado era un simple tenedor, hay que deducir de allí consecuencias esenciales para la resolución de este problema".

Y más adelante:

"En el caso de autos el demandado reconoció ser un administrador en el año de 1952, en que contestó la demanda, es decir, que retenía el inmueble a título de mera tenencia, luego es claro que si posteriormente se dio por poseedor desconociendo el dominio ajeno, tendría que mantener tal posición durante el mínimo término de veinte años para poder alegar la prescripción, mediante la cual ya desaparece la calidad de tenedor para convertirse en propietario. Mas es lo cierto, como es obvio, que en el caso que se discute no ha pasado el aludido término, y por tal razón el demandado Pedro Antonio Morales continúa con la calidad de un simple tenedor. En esta forma queda refutada la tesis del Juzgado *a quo* que le dio el carácter de poseedor a partir del año de 1952 y, por tal motivo, hizo la afirmación de que había sobrepasado con la posesión los títulos presentados por la parte actora".

No halló, pues, la sentencia elementos probatorios bastantes a establecer la posesión por el lapso de la prescripción extraordinaria, debido a que la prueba testimonial, de suyo deficiente, aparece, además, contradicha por la confesión del demandado en el juicio de lanzamiento que le promovió Alejandro Gómez B. por el año de 1952.

III

La acusación de la sentencia.

Se funda en el motivo primero de casación y comprende varios cargos.

Primer cargo:

5. Consiste en error de derecho cometido al atribuírle a la declaración de Pedro Antonio Morales, rendida, por medio de apoderado, al contestar la demanda de lanzamiento que le propuso Alejandro Gómez B., el mérito de *confesión judicial* del hecho de haberse hallado al frente de la finca "El Reposo" como administrador de Gómez B., hasta poco antes de haber absuelto las posiciones en 3 de julio de 1952. Ello con infracción medio del artículo 607 del Código Judicial y violación indirecta de los artículos 946, 950, 961 y 964 del Código Civil.

En dos razones se funda la presencia del error, a saber:

a) Que falta la prueba en el presente juicio de la representación que llevara de Pedro Antonio Morales en el de lanzamiento, quien hiciera a su nombre las declaraciones de que se trata, y

b) Que las dichas declaraciones se refirieron a "hecho distinto", afirmado "por persona distinta, en juicio distinto y en acción jurídica distinta".

Se considera:

6. La circunstancia de no hallarse demostrado en este proceso el poder con que obró el abogado

que al contestar la demanda de lanzamiento hizo las declaraciones en referencia, no resta valor a éstas, pues si intervino en dicho acto, debe suponerse la existencia del mandato.

Carecen igualmente de significación las circunstancias agrupadas bajo la letra b), a excepción de la referente a la persona del demandante en aquel proceso —o sea Alejandro Gómez B.— y la parte actora en el actual, constituída por los asignatarios de las cuotas en el juicio mortuorio de Zoila Rosa Serna y en el doble de la misma especie de María Josefa Morales de Gómez y Matilde Montoya de Gómez.

7. De conformidad con el artículo 604 del Código Judicial, "la manifestación de una parte de ser cierto el hecho que le perjudica, afirmado por la otra, reviste carácter de confesión...". Así que este medio probatorio no puede darse sino entre las *partes*, esto es, los extremos de la relación procesal presente o futura, con las consecuencias que le son propias entre las mismas partes y sus causahabientes.

8. La sentencia no se detiene a examinar el punto de si los demandantes son causahabientes de Gómez B. Podría darse, por tanto, el error de derecho alegado, al atribuírle valor de confesión a las declaraciones contenidas en la contestación de la demanda de lanzamiento, si en verdad los demandantes no tuviesen la calidad de sucesores del actor en dicho proceso. Pero, como la tienen, y así habría que reconocerlo en fallo de instancia, no puede pronunciarse la casación impetrada con fundamento en este cargo.

En efecto, los actores, a excepción de Daniel Morales, recibieron en la sucesión de Zoila Rosa Serna de Morales una cuota en la propiedad del inmueble, de $ 27.612.81, en relación con un avalúo total de $ 40.000.00, según partición registrada el 12 de noviembre de 1958 (v. hijuela fs. 1 y ss.) de la mencionada mortuoria doble. En consecuencia, cuando Pedro Antonio Morales —demandado en el presente juicio— lo recibió en administración, lo que tuvo lugar, aproximadamente, según constancias procesales, entre los años de 1940 y 1945, pertenecía a Gómez B., es decir, el bien tenía el carácter de ganancial, de modo que al liquidarse en un mismo proceso las sucesiones de sus consortes, les fueron adjudicadas a los actores el inmueble referido, así: la cuota mayor supradicha a Zoila Rosa Serna de Morales, de quien la hubieron seis de los actores, por adjudicación en la causa mortuoria de ésta, y a Daniel Morales la cuota menor.

9. Demostrada la sucesión del derecho sobre el inmueble, entre Alejandro Gómez Botero y los demandantes, las afirmaciones contenidas en la contestación de la demanda de lanzamiento incoada por aquél contra Pedro Antonio Morales —demandado ahora— producen sus efectos en contra de éste y a favor de los causahabientes de quien en cuyo favor fueron hechas. El apoderado del entonces sujeto pasivo de la relación procesal originada en el juicio de lanzamiento, manifestó, con fecha julio 3 de 1952 (f. 8, vt. C. 2º), que "es cierto que don Alejandro Gómez B. colocó a don Pedro Morales como administrador de la finca de 'El Reposo' hace como unos catorce años", finca cuya situación y linderos determina; que "precisamente por este concepto le adeuda la cesantía por tal servicio"; que "al encomendarle la administración le entregó la única casa de habitación que hay en tal finca", y que "es cierto que la administración de la finca por parte de don Pedro Morales terminó hace poco".

10. Sobre estas declaraciones dice la sentencia:

"Esta confesión borra, desde luego, todo lo afirmado por los testigos sobre posesión del demandado, ya que en realidad éste no era más que un mero tenedor por cuenta del señor Alejandro Gómez B., en su carácter de administrador de 'El Reposo', carácter que confiesa hasta el año de 1952, cuando se hicieron las manifestaciones categóricas sobre la calidad o condición de que estaba investido. Si en tal época el demandado era un simple tenedor, hay que deducir de allí consecuencias esenciales para la resolución de este problema".

Efectivamente, si en julio de 1952 afirma Morales —por conducto de su apoderado (art. 707, C. J.)— que recibió de Alejandro Gómez Botero, en administración, la finca en referencia; que éste le debe la prestación de cesantía por dicho concepto, y que hace poco terminó tal administración, se trata de una confesión judicial al tenor del artículo 607 del Código Judicial, acerca del vínculo de mera tenencia, reconocido en 1952 por el demandado actual, en favor de Alejandro Gómez Botero, antecesor de los actores en la propiedad del referido inmueble, sin que el dicho carácter de confesión judicial se pierda —como lo considera el recurrente— porque haya sido hecha en juicio distinto y ante Juez que no habría sido el competente para conocer del presente juicio, porque se trata simplemente de una prueba trasladada con todas sus consecuencias. Ni tampoco vale agregar que en aquel juicio se perseguía la entrega de la casa de habitación únicamente, y en el actual la finca completa,

ya que la confesión se refiere a ésta en su integridad.

Por lo cual no procede la casación por el cargo examinado.

Segundo cargo:

Consiste en error de derecho sufrido en la apreciación de la prueba testimonial aducida por el demandado, sobre la posesión del mismo, precisamente por haber atribuído a la referida declaración de Pedro Antonio Morales el mérito de confesión.

Se considera:

11. El fallo dice al respecto que "estas declaraciones realmente no son muy eficaces o al menos presentan fallas en cuanto a los requisitos que debe reunir todo testimonio para que sea aceptable".

Lo cual indica que para la sentencia la expresada prueba testimonial no es aceptable, y no demuestra, por tanto, el hecho de la posesión en las condiciones exigidas por la forma de prescripción propuesta. Y ello aun cuando hubiese otorgado a la confesión, el mérito antedicho ya que la invoca simplemente para refrendar los vacíos de los testimonios.

De acuerdo con el cargo, al atribuír la sentencia el mérito de confesión a la declaración de Pedro Antonio Morales, desconoció "todo lo afirmado por los testigos sobre posesión del demandado".

Pero se ha visto que según la sentencia, no por haber atribuído a las afirmaciones de Pedro Antonio Morales el alcance de plena prueba, dejó de tener en cuenta las probanzas testimoniales. Lo que significa que para el fallo éstas no acreditan la posesión del demandado, tal como lo exige la forma exceptiva alegada.

El error de derecho no aparece, en primer lugar, porque aun cuando hay declaraciones contestes entre las rendidas, objetivamente consideradas, adolecen de "fallas en cuanto a los requisitos que debe reunir todo testimonio para que sea aceptable", y mal puede tildarse de errónea la valoración de una prueba atendiendo sólo a la uniformidad material de los testimonios, si éstos, v. gr., no concretan los hechos posesorios ejecutados, ni dan razón convincente de sus asertos. Y en segundo lugar, porque ante la acotada confesión, la posesión, según la prueba testimonial aducida, y aun en el supuesto de que la sentencia se hubiese equivocado al valorarla, no podría contarse sino a partir del año de 1952, de forma que el tiempo corrido hasta la notificación de la demanda no sería suficiente para prescribir con usucapión extraordinaria. Por ello tampoco es eficaz este cargo.

Tercer cargo:

12. Consiste en error de derecho por no haber apreciado como prueba la confesión del demandante, contenida en el libelo inicial, cuando dijo que el demandado "ha estado en posesión material" de la finca "desde hace algunos años".

Se considera:

13. Así reza ciertamente la afirmación de los actores. Mas si en 1952 Pedro Antonio Morales reconoció que había tenido la finca como administrador, lo único que puede inferirse es que, en relación con los terrenos de la finca, entregados por él al terminar la administración, tomó luego posesión de los mismos, de hecho y sin título; y con respecto a la casa de habitación, invirtió la mera tenencia en que le fue dejada por Gómez Botero, en posesión. Pero estos hechos no pudieron ocurrir sino después de 1952, dada la confesión referida.

La afirmación de la parte actora de hallarse el demandado en posesión hace algunos años, no implica reconocimiento de propiedad por prescripción u otro modo. La acción reivindicatoria tiene por objeto precisamente recuperar la posesión perdida, y sólo a base del estado posesorio en el reo puede prosperar la acción, porque ésta —lo ha dicho la Corte— es el instrumento que el titular del derecho tiene contra quien se enfrenta a él pretendiendo el dominio a través de la posesión.

Por lo cual no hay yerro de apreciación en la parte de la demanda de que se trata.

Cuarto cargo:

14. Se formula así en los Capítulos IV y V de la demanda:

"Según quedó evidenciado, la parte demandante dijo al enunciar el hecho cuarto de la demanda: 'Resulta que el demandado señor Pedro Antonio Morales, ha estado en *posesión material* de la propiedad descrita en el punto segundo de esta demanda, *desde hace algunos años*', impidiendo a sus propietarios y poseedores inscritos, sin causa legal justificativa, ejercer sus derechos en su debida proporción sobre la propiedad en común de que se trata. (Subraya el suscrito). Esto lo dijeron los demandantes por boca de su apoderado el *3 de febrero de 1960*, fecha de la demanda.

"La expresión 'algunos años' señala un lapso de tiempo no inferior a dos años. De donde resulta con toda evidencia que si el tres de febrero de 1960 se dijo que el demandado tenía la posesión material de la finca desde hace algunos años, se afirmó con ello que tal posesión existía por lo menos desde el tres de febrero de 1958.

"Según aparece de la hijuela respectiva, presentada con la demanda como único título de propiedad de los adjudicatarios en la sucesión de Zoila Rosa Serna, la adjudicación a éstos fue presentada al Juzgado correspondiente para su aprobación el 23 de julio de 1958; fue aprobada el 3 de septiembre del mismo año, y quedó registrada el 13 de noviembre siguiente.

"Y como según la confesión de los demandantes que se dejó señalada, y que equivocadamente el Tribunal desestimó, la posesión del demandado sobre la finca de que se trata existió por lo menos desde el 3 de febrero de 1958, pues sólo así podía haber existido desde hacía algunos años, como expresa la demanda con relación a la fecha de ésta, resulta con toda evidencia que tal posesión es anterior al título en referencia, o sea a la hijuela de adjudicación en la mortuoria de Zoila Rosa Serna.

"De otro lado, los testimonios presentados por la parte demandada (fls. 5, 6, 7, 8, 11, 12 y 14, cuaderno número 3), que el Tribunal declaró 'borrados' con el manifiesto error de derecho que se dejó señalado, afirman por propias y directas percepciones que el señor Pedro Antonio Morales ha estado en posesión material de la finca objeto de la demanda desde años antes de la expedición de las dos hijuelas acompañadas a la demanda como únicos títulos de propiedad de todos los demandantes sobre dicha finca. De donde resulta con toda claridad que también con relación a la fecha de la hijuela formada al demandante Daniel Morales en la sucesión de María Josefa Morales, acompañada a la demanda, aparece acreditada la anterioridad de la posesión material del demandado sobre la finca en que se adjudicó el derecho que tal demandante reclama, con causa única en tal adjudicación".

En lo tocante a las infracciones, dice el cargo:

"A pesar de lo anterior, el Tribunal apreció en su fallo las dos hijuelas en referencia como prueba completa del dominio de los demandantes sobre la finca materia de la acción reivindicatoria, siendo lo evidente, como se ha dicho, que no se trajo al proceso el título de propiedad de los respectivos causantes. Sin que pueda decirse que este título se halla en el certificado de registro con que se adicionaron las hijuelas, porque tal documento no constituye por sí solo título de propiedad. Tan sólo tiene la calidad de prueba de la *suficiencia* del título en los casos en que la ley exige dicha prueba, o como prueba supletoria cuando se acredita la falta del título.

"De este modo el Tribunal incurrió en manifiesto error de derecho en la apreciación de estos documentos como prueba completa del pretendido dominio de los demandantes en la finca materia de la acción".

Se considera:

15. Realmente, la confesión de los demandantes al atribuír al demandado una posesión de varios años, señala a dicha posesión una fecha inicial anterior a la del registro de la partición efectuada en los juicios mortuorios acumulados de María Josefa Morales de Gómez y Matilde Montoya de Gómez.

Debe, pues, averiguarse si ello basta para que en este caso prevalezca la posesión *de más de dos años* y sin que sea necesario acreditarla por el espacio que la ley señala a la usucapión extraordinaria.

16. A términos del artículo 762 del Código Civil, el hecho de la posesión hace presumir el derecho. Pero, esta presunción es legal, esto es, subsiste mientras no se demuestre que el derecho lo tiene otro. El derecho —o más claro, el mejor derecho— pertenece a otro, por los distintos títulos y modos reconocidos por la ley, pero cuando éstos convergen en la usucapión cuya raíz primaria es la posesión, mal puede existir el mejor derecho si quien lo pretende tuvo la cosa en calidad de tenedor, y así lo reconoció en época a partir de la cual no había transcurrido el tiempo de la prescripción extraordinaria cuando la demanda fue incoada. De esta manera la presunción legal del artículo 762 no puede obrar en contra de aquel en cuyo favor el demandado hizo la declaración de haber sido el administrador de la finca, por encargo de quien fue antecesor de los demandantes. A menos que con posterioridad a la confesión hubiese transformado su título de mera tenencia en posesión —fenómeno admitido por el artículo 2531 del Código Civil—, pero con una duración de entonces a la notificación del libelo reivindicatorio, del lapso indispensable para configurar el medio exceptivo veintenario.

Siendo así que la partición fue inscrita en el Registro Público con posterioridad al comienzo de la posesión del demandado, ésta no puede invalidar el referido reconocimiento, sino al

cumplirse la usucapión extraordinaria, ya que el reconocimiento *interrumpe* la prescripción adquisitiva, si ya se había iniciado. La interrupción produce sus efectos a contar del momento en que se cumple, de modo que sólo podrá desaparecer a virtud de la usucapión que llegue a consumarse después, pero a contar de la inversión de la mera tenencia en posesión, fenómeno ciertamente admitido por los actores, al afirmar la posesión del demandado por algunos años, los cuales nunca podrían ser los veinte indispensables, aun en la hipótesis de que hubiese comenzado a poseer inmediatamente después de hecho en 1952 el referido reconocimiento.

Por ello no hay error de derecho en la valoración de las hijuelas; ni tampoco en el examen de la declaración de los actores, de hallarse el demandado en la posesión de la finca hace algunos años; ni en la estimación de los testimonios sobre posesión, que a todas estas piezas se refiere el cargo; ni se da, por tanto, el quebranto de los textos legales citados en los Capítulos IV y V de la demanda de casación.

Quinto cargo:

Se trata de este cargo en el Capítulo VI del libelo ante la Corte.

17. Se acusa la sentencia por violación directa de los artículos 26 de la Carta y 343 del Código Judicial. Ello, por ser *sustantivamente inepta* la demanda, ya que no debían haberse ejercitado en un mismo libelo, "dos acciones distintas sobre objetos distintos y con causas distintas, que se dicen pertenecer a personas distintas", y dado que aun cuando se demandó por la propiedad completa de la finca y se pidió la restitución de ésta en su integridad, la verdad es que los actores no tienen en el inmueble sino cuotas proindiviso, habiéndose hecho, en consecuencia, una acumulación indebida de acciones.

Se considera:

18. En el presente caso hay identidad de *causa* o *título,* pues los actores derivan su situación, en lo jurídico, de las adjudicaciones que les fueron hechas en las mentadas sucesiones acumuladas, y en el hecho, en la posesión con que el demandado contraría el derecho originado en tales adjudicaciones. Esto bastaría para que la acumulación de acciones procediera según el ordinal 4º del artículo 398 del Código Judicial. Hay también *singularidad en el demandado,* de modo que las acciones, por separado, tendrían que haberse dirigido contra una misma persona. Y además, *identidad de objeto,* cual es la reivindicación de las cuotas proindiviso componentes de la propiedad de una misma cosa. No empece a ello que se trate de cosas individualizadas, si se atiende a su carácter de cuotas pertenecientes a distintas personas, ya que todas ellas constituyen el dominio sobre una misma cosa singular.

Casación de 18 de julio de 1960 (XCIII, 2228 y 2229, 83) admite la acumulación en tratándose de distintos cuerpos ciertos inmuebles integrantes de un globo de terreno general. En el presente caso *a fortiori* es pertinente la acumulación en vista de la modalidad del condominio cuya tutela impetran los actores.

DECISION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha cinco (5) de septiembre de mil novecientos sesenta y uno (1961), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en el juicio ordinario seguido por Daniel Morales y otros contra Pedro Antonio Morales.

Costas a cargo del recurrente.

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

Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

El Secretario,

Ricardo Ramírez L.

FUERZA MAYOR

Elementos constitutivos como hecho eximente de responsabilidad contractual o extracontractual. — No se halló acreditada la fuerza mayor o caso fortuito que impidiera la devolución de un expediente recibido para contestar la demanda de casación.

La doctrina y la jurisprudencia enseñan que los elementos constitutivos de la fuerza mayor como hecho eximente de responsabilidad contractual o extracontractual son: la inimputabilidad, la imprevisibilidad y la irresponsabilidad. El primero consiste en que el hecho que se invoca como fuerza mayor o caso fortuito no se derive en modo alguno de la conducta culpable del obligado, de su estado de culpa precedente o concomitante del hecho. El segundo se tiene cuando el suceso escapa a las previsiones normales, esto es, que ante la conducta prudente adoptada por el que alega el caso fortuito, era imposible preverlo. Y la irresistibilidad radica en que ante las medidas tomadas fue imposible evitar que el hecho se presentara. Por eso, en definitiva, la existencia o no del hecho alegado como fuerza mayor depende necesariamente de la circunstancia de si el deudor empleó o no la diligencia y cuidados debidos para prever ese hecho, para evitarlo, si fuere previsto. Para que el hecho se repute como fortuito, es menester, entonces, que en él no se encuentre relación alguna de causa a efecto con la conducta culpable del deudor.

Sobre la definición que de fuerza mayor o caso fortuito trae el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, puede verse lo dicho por la Corte en casación de 26 de mayo de 1936, Gaceta Judicial, Tomo XLIII, 584, e igualmente en los Tomos LXXV, 252-253 y LXXXII, 299.

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

(Magistrado ponente: Arturo C. Posada).

Ejecutoriado el auto de catorce de octubre de mil novecientos sesenta, por el cual se resolvió que no podía darse curso en la Corte "a la demanda de reconstrucción del proceso seguido por María de Jesús Díez-Vélez contra Gabriel Junca Ospina, desaparecido en poder del doctor Gilberto Moreno, cuando lo tenía en traslado para contestar la demanda de casación", a solicitud del nuevo apoderado de la señora Díez Vélez se tramitó la articulación ordenada por el artículo 384 del Código Judicial, en razón de haber alegado oportunamente el doctor Moreno fuerza mayor o caso fortuito, para no devolver el expediente que hace consistir en que le fue sustraído de su oficina mientras se hallaba ausente de esta ciudad.

Dentro del término de prueba del incidente se recibieron las declaraciones de los doctores Gilberto Moreno, Luciano Moreno Uribe y José Abadía Andrade.

El primero de ellos declara que retiró de la Corte el proceso en asocio del señor Jorge Abadía, su colaborador en la oficina, donde lo dejó con otros papeles en uno de los cajones del escritorio. Allí quedó entre una cartera de papeles al marcharse a Antioquia en los primeros días de febrero de 1960. Cuando regresó a fines de marzo ya había desaparecido la cartera y algunos libros. Notada la pérdida del expediente, el doctor Abadía puso el denuncio correspondiente. Anota que ocupaba dos oficinas, en una de las cuales funcionaba la sociedad de "Carbonera Florentino Téllez". "De los robos de mi oficina, que han sido muy frecuentes, se dieron cuenta todos los socios de 'Carbonera Florentino Téllez'. Ellos entregaban llave a cualquiera, y de ahí que exigí su retiro de mis oficinas".

El doctor Moreno Uribe da cuenta, en resumen, de haber visto que el doctor Moreno sacó el expediente de la Corte aproximadamente en el mes de enero de 1960, le habló de que en ese negocio no podía cobrar honorarios porque se trataba de una persona vinculada con él con una amistad muy cordial; que no redactaba la réplica porque los términos no tenían la rigidez de la demanda de casación. Recuerda que tomó el expediente, "lo guardó con algunos otros documentos y lo metió en un cajón del escritorio", pero no volvió a saber sino cuando regresó de Medellín el doctor Moreno, quien le preguntó si lo había cogido, a lo cual le replicó el declarante que no tenía conocimiento, puesto que después de haberlo metido en el cajón del escritorio no había vuelto a saber más. En su exposición anota el doctor Moreno Uribe que su oficina y la del doctor Gilberto Moreno han sido contiguas y comunicadas, y frecuentadas por uno y otro en forma recíproca. Asimismo dice que de muchos años atrás han tenido negocios profesionales en común, y que en los viajes de uno y otro los atiende el que permanece aquí.

El doctor Jorge Abadía Andrade declará que trabajaba con el doctor Moreno en el Edificio Faux; en enero de 1960 lo acompañó a sacar el expediente de la Corte, el cual metió en una cartera grande con la libreta militar y el certificado de su inscripción como abogado; lo guardó en uno de los cajones del escritorio, donde creyó que estaba más seguro; al día siguiente viajó a Medellín, y al volver en marzo se dio cuenta de la pérdida de él; inmediatamente el declarante puso denuncia en el Juzgado Permanente Central, donde fue repartido a un Juzgado de Instrucción Criminal; al guardar el expediente el doctor Moreno, le dijo al testigo que debía tener mucho cuidado porque se trataba de un negocio muy importante; la oficina quedó bajo el cuidado del testigo. Pronto comenzaron los trabajos de reparación del edificio, porque había sido vendido para convertirlo en propiedad de pisos y apartamentos; por esta circunstancia tenía que permitir la entrada de obreros y empleados de la compañía para tomar las medidas y observar las oficinas en el trabajo de adecuación del edificio; el expediente fue robado, pero de esto no se dieron cuenta sino cuando regresó el doctor Moreno.

La Secretaría informa que el doctor Gilberto Moreno recibió el expediente como apoderado de la parte opositora el dos de febrero de mil novecientos sesenta. (Fol. 31).

El Secretario del Juzgado 9º de Instrucción Criminal certifica que en los archivos de ese Juzgado se encontró una denuncia dada por Jorge E. Abadía en averiguación del delito de robo el 2 de abril de 1960, de un expediente contentivo del juicio civil de María de Jesús Díez Vélez contra Gabriel Junca, entregado al denunciante el dos de febrero de 1960, y guardado con la cédula y certificado de la inscripción de abogado del doctor Moreno en su escritorio, y que el 26 de marzo siguiente al regresar éste de Medellín, encontró que esos papeles habían desaparecido del cajón donde los había guardado, a pesar de que el escritorio se hallaba cerrado y el doctor Moreno había llevado la llave.

Agrega que el denunciante anotó "que con anterioridad y en las mismas circunstancias de la oficina han desaparecido libros y papeles y un abrigo del doctor Eduardo Cardona Franco".

Finalmente dice el certificado, que tiene fecha 22 de febrero de 1962, que por estar archivado el denuncio, no han adelantado los actuales funcionarios ningún diligenciamiento.

El artículo 384 del Código Judicial dispone que si el requerido para que devuelva el expediente que ha recibido en traslado alega fuerza mayor o caso fortuito, el asunto se sustancia como una articulación común. En otros términos, que mediante este trámite debe decidirse si la retención o no devolución del expediente ha tenido como causa una fuerza mayor o caso fortuito.

El artículo 1º de la Ley 95 de 1890 reza: "Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público".

La doctrina y la jurisprudencia enseñan que los elementos constitutivos de este hecho eximente de responsabilidad contractual o extracontractual son: la inimputabilidad, la imprevisibilidad y la irresponsabilidad. El primero consiste en que el hecho que se invoca como fuerza mayor o caso fortuito no se derive en modo alguno de la conducta culpable del obligado, de su estado de culpa precedente o concomitante del hecho. El segundo se tiene cuando el suceso escapa a las previsiones normales, esto es, que ante la conducta prudente adoptada por el que alega el caso fortuito, era imposible preverlo. Y la irresistibilidad radica en que ante las medidas tomadas fue imposible evitar que el hecho se presentara. Por eso, en definitiva, la existencia o no del hecho alegado como fuerza mayor depende necesariamente de la circunstancia de si el deudor empleó o no la diligencia y cuidados debidos para prever ese hecho o para evitarlo,

si fuere previsto. Para que el hecho se repute como fortuito es menester, entonces, que en él no se encuentre relación alguna de causa a efecto con la conducta culpable del deudor.

La Corte, en casación de 26 de mayo de 1936, sobre la definición que de fuerza mayor o caso fortuito trae el artículo 1º de la Ley 95, dijo: "prever que en el lenguaje usual significa ver con anticipación, tiene en tecnología culposa la acepción de conocer lo que vendrá y precaverse de sus consecuencias, o sea, prevenir el riesgo, daño o peligro, guardarse de él y evitarlo. De ahí que cuando una persona, jurídica o natural, no evita el daño evitable, se dice que no lo previó o previno, lo cual la inhibe para alegarlo como causa de liberación, pues entonces la culpa precede y contribuye a su advenimiento. La persona no ha empleado toda la pericia necesaria para evitar los efectos de la fuerza irresistible". (XLIII-584, 585. LXXV-252, 253).

Y en casación de 24 de abril de 1956 ratificó la siguiente doctrina: "Cuando el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor. Por ende, en tanto que sea posible prever la realización de un evento susceptible de oponerse a la ejecución del contrato, y que este evento pueda evitarse con mediana diligencia y cuidado, no hay caso fortuito ni fuerza mayor. Sin duda el deudor puede verse en la imposibilidad de ejecutar la prestación que le corresponde, pero su deber de previsión le permitía evitar encontrarse en semejante situación. El incendio, la inundación, el hurto, el robo, la muerte de los animales, el daño de las cosas, etc., son hechos en general previsibles, y que por su sola ocurrencia no acreditan el caso fortuito o la fuerza mayor, porque dejan incierto si dependen o no de culpa del deudor. Por consiguiente, es racional que el deudor que alegue uno de estos o parecidos acontecimientos, pretendiendo librarse del cumplimiento de su obligación, debe no sólo probar el hecho sino demostrar también las circunstancias que excluyen la culpa. Y la presunción de culpa que acompaña a quien no ha ejecutado el contrato, no se destruye por la simple demostración de la causa del incumplimiento cuando el hecho así señalado es de los que el deudor está obligado o prever o impedir. Por ejemplo, el robo, el hurto, son hechos que se pueden prever y evitar con solo tomar las precauciones que indique la naturaleza de las cosas. No constituye caso fortuito sino probando que no obstante aquellas previsiones fue imposible evitar el suceso". (T-82, pág. 299).

Examinado el caso en estudio a la luz del artículo 1º de la Ley 95 de 1890 y de la doctrina expuesta sobre él, cabe aceptar, con las declaraciones aducidas, que el expediente se perdió o fue sustraído del escritorio donde lo dejó el doctor Moreno. Pero, si como lo dicen él mismo en su declaración, y su compañero de oficina Andrade Abadía en el denuncio, fueron varios los robos efectuados en dicha oficina; si el doctor Moreno tenía que ausentarse de Bogotá por casi dos meses, y si la entrada a ella hubo de dejarse libre a los obreros y empleados en la transformación del edificio, era previsible que el escritorio no era el medio apto para mantener el expediente en seguridad, y que podía ser sustraído, no sólo por los obreros sino por cualquier otra persona de las que allí entraban. Esta falta de previsión del doctor Moreno, al dejar el expediente en una oficina frecuentada por tántas personas, denuncia una conducta negligente que no permite aceptar el robo o hurto del expediente como una fuerza mayor o caso fortuito, dado que era de preverse que bien podía ser sustraído de una oficina no vigilada debidamente.

Significa lo anterior que no ha sido probada la fuerza mayor o caso fortuito alegado por el apoderado de María de Jesús Díez Vélez.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, declara que no se halla acreditada la fuerza mayor o caso fortuito que impidiera al doctor Gilberto Moreno devolver el expediente que recibió como apoderado de María de Jesús Díez Vélez para contestar la demanda de casación formulada por el procurador de Gabriel Junca Ospina.

Notifíquese.

Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

FUERZA MAYOR

Como virtud exonerativa de responsabilidad. — Sanciones de carácter procesal por la no devolución del expediente.

1. Es evidente que la fuerza mayor tiene virtud exonerativa de responsabilidad, porque el hecho perjudicial que la constituye es completamente ajeno al sujeto aparentemente causante de él; mejor, que no le es imputable, ya que no procede de su actividad ni tiene relación alguna con su conducta.

2. El artículo 384 del Código Judicial permite justificar la no devolución del expediente y, por lo tanto, liberarse de la sanción o sanciones imponibles si la parte que alega demuestra fuerza mayor o caso fortuito para no haber hecho la devolución.

No habiendo norma especial que fije el alcance que debe dársele a esta eximente dentro del procedimiento, ha de aplicarse el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, que es el que define y señala los elementos constitutivos de este fenómeno liberatorio de responsabilidad. Si el litigante logra demostrarlo, la consecuencia ineludible es que no puede ser sancionado con ninguna de las penas procesales que señalan los artículos precitados; pero el juzgador, al resolver el incidente sobre fuerza mayor, no puede tener en cuenta para la calificación de ella la trascendencia que su no comprobación puede tener en los intereses de la parte morosa, porque ello implicaría un prejuzgamiento.

Es posible que la no justificación en devolver el proceso lleve a aplicar el artículo 481 del Código Judicial, que en ciertos casos señala la pérdida del pleito, pero esto mismo puede ocurrir, mutatis mutandis, **cuando no se ha establecido la fuerza mayor que no permitió usar de un término, o cuando no se ha revaluado el papel dentro del plazo fijado. Estas son sanciones de carácter procesal de indiscutible trascendencia en el juicio, que la ley impone a los litigantes negligentes, y que, llegado el caso, el Juez debe aplicar.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, abril veintinueve de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Arturo C. Posada).

El apoderado de la señora María de Jesús Díez Vélez ha pedido reposición del auto de noviembre último, para que se revoque y se disponga "en vez suya que sí está justificada la desaparición de los autos".

Al efecto hace un relato de los hechos, de los cuales hace resaltar que el abogado recibió en traslado el expediente, lo llevó a su oficina dentro de una cartera, lo depositó en una "gaveta de su escritorio, que cerró con llave y seguidamente viajó a Medellín"; que cuando regresó de allí, y "fue a tomar el expediente se percató de que su escritorio había sido violentado y de él había sido extraído el maletín con el expediente y otros documentos personales", y que puso "el denuncio correspondiente por el robo de que había sido víctima".

Considera que estos hechos "se demostraron con declaraciones testimoniales que la Corte acepta y con certificación del Juez Instructor que conoce de la demanda criminal formulada".

Refiriéndose a los razonamientos expuestos en el auto reclamado, dice: "creo no equivocarme al considerar que la decisión negativa de la Corte a lo planteado en la articulación obecede, en primer término, a una desconfianza generalizada hacia el hurto y el robo como ejemplos de acontecimientos fortuitos y, más directamente, a ciertas circunstancias de los hechos sometidos a su

juicio que aparentan exposición irrazonable al riesgo, imprevisión de lo previsible o descuido en el comportamiento de quien tenía a su cargo el expediente".

En el punto que denomina "el robo como caso fortuito", hace las siguientes consideraciones:

El elemento extraño, o sea la causa del evento relacionada con la responsabilidad tanto civil como penal, completamente ajena al sujeto, se clasifica en fuerza mayor, caso fortuito, intervención de un tercero y acto de la víctima.

La esencia es la *vis major* o caso fortuito, expuesto en forma maestra en el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, esencialmente se halla en el factor imprevisibilidad, "ya que el último, irresistibilidad, es más bien efecto de la fuerza, su resultado imperativo".

La doctrina y la jurisprudencia sobre la fuerza mayor en las ramas civil, penal y administrativa, "coinciden ciertamente en advertir que no es fortuito sino lo imprevisible, irresistible y extraño al obligado".

El problema radica en fijar la noción de imprevisibilidad, que no puede tener un alcance absoluto sino relativo, "ni fijarse de antemano, en forma rígida y dogmática, sino que ha de descenderse a su estudio y valoración casuístas, sobre la pauta general".

Dentro de los hechos anormales hay unos que llevan manifiestamente la característica de la *vis major,* en tanto que otros no, y por eso estos últimos se miran con alguna sospecha. "Pero en todos los acontecimientos irregulares hay ciertas dosis de imprevisibilidad e imprevisión, cuya mensura es difícil y, por de contado, concreta".

"La cuestión reside entonces en aunar el conocimiento de las leyes físicas y sociales, la técnica media, la precaución corriente, con los rasgos propios del hecho, teniendo en cuenta los sistemas, los hábitos, las personas, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, que sirven de marco al hecho que se estudia, para tomar una conclusión que antes que científica ha de ser equitativa".

La fuerza mayor tiene virtud exonerativa, porque rompe el nexo causal aparente, pero no reza con la correcta o equivocada conducta del obligado, cuanto con la razón de ser del resultado, "sin perjuicio de que esta haya de juzgarse en forma de valoración de la previsibilidad o imprevisibilidad del suceso".

De estas consideraciones puede sostenerse que "el robo y el hurto no son ejemplos muy apropiados de *vis major*... pero tampoco son sucesos refractarios a la calificación de fortuitos y eximentes de responsabilidad. Todo depende de como se hayan presentado, de la manera como ocurrieron".

"B) El robo del expediente":

Afirma que éste se encuentra establecido, porque el abogado, retirado el expediente de la Secretaría de la Corte, "lo llevó hasta su oficina, donde lo colocó en cajón de su escritorio que seguidamente cerró con llave".

Se refiere al razonamiento del auto sobre que si fueron varios los robos en esa oficina; si el abogado tenía que ausentarse de la ciudad por casi dos meses, "y si la entrada a ella hubo de dejarse libre a los obreros y empleados en la transformación del edificio, era previsible que el escritorio no era el medio apto para mantener el expediente en seguridad, y que podía ser sustraído no sólo por los obreros sino por cualquiera otra persona de las que allí entraban".

A esto argumenta:

Para saber si un proceder es ordinario y normal, o irregular y anormal, "con criterio objetivo, es menester comparar lo que una persona prudente y cuidadosa, en grado medio, habría hecho en las mismas circunstancias".

De la consideración de que el abogado trabaja en su oficina y en la casa, si el expediente se le pierde en ésta, se le observa que por qué no lo guardó en su oficina, y al contrario, concluye: "El expediente fue sustraído del sitio donde debía estar normalmente. No constituye imprevisión guardar un expediente en la oficina. Un abogado regularmente mantiene en su oficina, en su escritorio o en su archivador".

Insiste en que el expediente fue guardado en el escritorio que se cerró con llave, donde suelen mantenerse tales objetos, porque ninguna oficina pública ni privada cuenta con caja fuerte o cajilla de seguridad para la guarda de los expedientes. El del caso aquí contemplado fue sustraído del escritorio cerrado con llave, el medio ordinario pero escaso de seguridad como lo hubiera sido un archivador para el asaltante experto en violentar arcas. "La cerradura fue violentada y del cajón se extrajo el maletín con expediente y todo".

No constituye imprevisión para el recurrente haber dejado el proceso "en el seno de un escritorio con llave", dado que así se conservan y guardan los expedientes en todas las oficinas públicas y privadas.

La entrada violenta de los ladrones y la apropiación de cosas ajenas es por desgracia frecuente, y ello obliga a tomar precauciones que en

tratándose de oficinas no pueden ser otras que las que dan los arrendadores de edificios tocantes con el control de ascensores, pasillo, horario, que indudablemente existían en el edificio donde estaba ubicada la oficina del doctor Moreno.

Los declarantes o alguno de ellos aluden a los robos que se han cometido en la citada oficina. Pero lo que no se ha demostrado es que hubieran ocurrido antes del cometido en el expediente. No es apropiado suponer que hubieran sucedido hechos semejantes. Y aún así, lo natural es resguardar los objetos de valor entre los cuales no se encuentran los expedientes. "Así se cuidarán las máquinas, los adornos, los libros, los documentos de obligación confiados al profesional, en forma prevaleciente".

Que una oficina sea más frecuentada que otras, no aumenta los riesgos para los objetos que allí se guardan. En las Notarías, Secretarías Judiciales y Bibliotecas públicas, donde se permite el examen de libros y expedientes a todo el mundo, resultaría imposible la labor de vigilancia. Las raras ocurrencias de mutilación y pérdida de documentos en tales dependencias, para su juzgamiento en términos de lo "fortuito o previsible depende ante todo del rigor con que se analicen las condiciones".

Repite que para el profesional que reparte su trabajo entre las oficina y la casa, si en ésta se le pierden los documentos que llevó para su estudio, se dirá, con criterio "rigorista", que hubo imprevisión, descuido en llevar allí un objeto tan delicado como un expediente. Pero esta opinión cederá ante la observación de que esto es lo que practican habitual y cotidianamente los agentes del oficio.

Para el recurrente la noción de caso fortuito es una sola para todas las circunstancias en que se emplea, pero el tratamiento de los problemas dentro de él ubicables no puede ser uniforme. No es igual el caso fortuito en materia contractual, según se trate de obligaciones de hacer, de dar, o de no hacer, que en materia de responsabilidad abstracta o extracontractual. En el derecho procesal su consideración por las circunstancias difiere también.

No es lo mismo retardar un pago, ejecutar el hecho prohibido, inferir un daño "por afirmados acontecimientos imprevistos e irresistibles que dejar vencer un término y perder un expediente entregado para alegar". En ocasiones la ley señala una pauta determinada, en otras deja gran amplitud al criterio del Juez.

Al que deja vencer un término perentorio, para no ser sancionado se le exige la prueba de la imposibilidad en haber cumplido la actuación en su día. Al que pierde un expediente, si no justifica la pérdida, se le amenaza con la pérdida del juicio. No es cuestión de horario o calendario, sino de la extinción del derecho por la desaparición del expediente. Si son las partes las que sufren la dificultad o contrariedad, les viene la sanción con la pérdida del recurso, el derecho, el juicio. Si son los funcionarios quienes la experimentan, no hay otra consecuencia que los escollos y dificultades que vienen a los litigantes.

La pérdida del expediente no aprovecha a la parte opositora, ya que el negocio venía con sentencia declaratoria de la resolución del contrato de venta por falta de pago en primero y segundo grado, y las posibilidades de éxito en casación eran muy pocas dada la escasa proporción de la ruptura del fallo. Parece "elemental negar algún provecho para el opositor, quien no podía cambiar el riesgo remoto de un fallo adverso en la Corte, con la certeza de perder el juicio por descuido".

Observa también que si el que sustrajo el expediente iba tras él, sobra cualquier comentario, pero si buscaba objetos de valor, como no los halló, se explica que no lo haya devuelto.

Para el reposicionista es inexplicable que un negocio de tánta monta, una verdadera fortuna, dependa, como en los juegos de azar o de destreza corporal, de un detalle insignificante, de una disquisición "sobre lo previsto, imprevisto o previsible".

Es cierto que muchos acontecimientos importantes dependen de detalles insignificantes, y que las decisiones de la justicia no tienen la certidumbre y fijeza de las ciencias exactas, pero hay "una diferencia notable entre una sentencia meditada, responsable del más alto Tribunal, y el desaparecimiento de un expediente, como causales de pérdida de un patrimonio".

Después de otras consideraciones sobre la trascendencia que para la pérdida del derecho de la opositora tiene el que su apoderado fuera o no previsivo y cuidadoso en grado medio, y el premio que esto significaría para el comprador; sobre que si la Corte debe ser exigente especialmente en la valoración de las circunstancias eximentes de responsabilidad en asuntos de términos y pérdidas de autos; sobre que los organismos judiciales cuentan con diversos medios para enderezar el procedimiento "e impedir actuaciones de chicana, sin que se desajusten las situaciones", concluye que "el hecho de que en una oportunidad se justifique la pérdida de un expediente como fortuita, no significa que toda pérdida lo sea".

Finalmente, justifica la extensión de su escrito de reposición en el temor de que "un litigio pueda truncarse, sin tener por qué, porque un profesional tuvo mayor o menor cuidado en la guarda de un expediente, siendo así que lo mantuvo como todo el mundo lo maneja y conserva los expedientes que se le confían".

Se considera:

Es evidente que la fuerza mayor tiene virtud exonerativa de responsabilidad, porque el hecho perjudicial que la constituye es completamente ajeno al sujeto aparentemente causante de él; mejor, que no le es imputable, ya que no procede de su actividad ni tiene relación alguna con su conducta. Esta la razón para que en el auto reclamado se diga que la imprevisibilidad en que estriba la fuerza mayor, como lo acepta el recurrente, consista en que "el hecho que se invoca como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito no se derive en modo alguno de la conducta culpable del obligado, de su estado de culpa precedente o concomitante del hecho".

El elemento previsibilidad no lo estima en abstracto la providencia reclamada sino en concreto, analizando las circunstancias en que, según el propio dicho del que recibió el expediente y el de los dos testimonios recibidos en el incidente, ocurrió la pérdida.

Tales circunstancias son: que dicho abogado echó el expediente con otros papeles entre una cartera que guardó en el escritorio; que en una de las dos oficinas que ocupaba también funcionaba una sociedad carbonera, cuyos socios entregaban la llave a cualquiera, por lo cual los hizo retirar de allí; que en ausencia del abogado hubo de permitirse la entrada de obreros y empleados a la oficina para transformar el edificio en propiedad de pisos y apartamentos; que de la pérdida no se dieron cuenta sino cuando regresó de Medellín el abogado, casi a los dos meses de haberse ausentado.

Es cierto que la generalidad de los abogados guardan los expedientes y documentos que se les entregan y confían en el escritorio de su oficina, pero lo que no parece propio con el proceder de una persona medianamente cuidadosa es que, a sabiendas de que la llave de la oficina se la daban a cualquiera, y de que a la misma entraban los obreros ocupados en la transformación del edificio, se mantuviera allí el expediente contentivo de un negocio importante, como si estuviera con la seguridad requerida. Sin mediar las circunstancias anotadas, la guarda del juicio en el escritorio dicho se hubiera acomodado al cuidado que la persona prudente emplea de ordinario en sus actividades, ya que no es lo mismo mantener los documentos en el escritorio de una oficina no frecuentada sino por los clientes ordinarios, que en aquella a la cual tienen acceso personas de ninguna confianza. El profesional prudente indudablemente habría llevado el proceso a lugar más seguro, o de no serle posible, le habría puesto mayor vigilancia a la oficina.

A esto se agrega que el propio abogado responsable en la devolución del expediente, como razón justificativa o explicativa de la pérdida de éste, dice que los robos en su oficina han sido frecuentes; y el declarante Abadía en la denuncia expone que con anterioridad y en las mismas circunstancias, de la oficina han desaparecido libros, papeles y un abrigo. Lo cual significa que tales hechos fueron anteriores a la desaparición del expediente, y que dichos antecedentes, unidos a las circunstancias ya anotadas, imponían una mayor seguridad al proceso que, al fin y al cabo, estaba formado de documentos de no pequeña monta.

El reposicionista en varios apartes de su exposición insiste en que el expediente fue guardado en escritorio cerrado con llave, y que el escritorio fue violentado.

Al respecto, el abogado que lo recibió expone haberlo dejado "con los documentos a que se refiere el memorial en una cartera de llevar papeles dentro de los cajones del escritorio". El testigo Moreno Uribe dice: "Me acuerdo que tomó el expediente, lo guardó con algunos otros papeles en un cajón del escritorio"; y Abadía Andrade declara: "El doctor Moreno guardó el expediente en uno de los cajones de su escritorio". De estas exposiciones no aparece el aserto, de que el proceso hubiera quedado bajo llave.

Solamente en la denuncia dice el certificado del Juez Instructor, manifestó Abadía Andrade que "el escritorio se hallaba cerrado y el doctor Moreno había llevado su llave". Esta afirmación en la denuncia constituía un hecho por demostrarse a fin de ver si el delito configurado era un hurto o un robo, y dentro del incidente que se resuelve no alcanza a constituír plena prueba, de conformidad con lo que preceptúan los artículos 696 y 697 del Código Judicial.

La demostración de que el escritorio fue violentado, o de que se ejerció fuerza en él para sacar el expediente, no aparece por ninguna parte. Del dicho de los testigos recibidos en el incidente no cabe deducir circunstancia tan importante para la calificación del hurto o robo del proceso, ya que no se acreditó el elemento estructural del primero, que es la fuerza sobre el escritorio para apropiarse del objeto sustraído.

De forma que no puede hablarse del robo del proceso, como lo pretende la parte fundamental del escrito de reposición.

La deficiencia de la prueba al respecto lleva a concluír que si en el apoderamiento del expediente no hubo violencia, porque no se estableció, él se realizó sin que se mantuviera con las debidas seguridades.

En este evento, que es el de que da cuenta el incidente, es manifiesto que hubo negligencia en la guarda del proceso, por falta de seguridades en el mueble en que se colocó, y, por tanto, no puede aceptarse la fuerza mayor que es incompatible con la conducta culposa.

Lo expuesto indica que no es un criterio rigorista el que ha guiado a la Corte en la consideración del hecho alegado como *vis major,* sino el análisis de todas las circunstancias que lo rodearon, de las cuales no puede deducirse una ausencia completa de culpa en el responsable de conservar y guardar el negocio. Tampoco significa el razonamiento del auto reclamado que la Corte no acepte que el hurto y el robo puedan configurar fuerza mayor, sino que, por tratarse de eventos que en el mayor número de casos, no excluyen la culpa de los damnificados, es apenas lógico exigir la comprobación de que por el modo en que se cometieron, y las circunstancias que lo antecedieron y acompañaron, se excluye toda previsibilidad, es decir, toda culpa. Por eso la Corte, en uno de los fallos que se citan en el auto recurrido, dice: "Por ejemplo, el hurto y el robo son hechos que se pueden prever y evitar con solo tomar las medidas, las precauciones que indica la naturaleza de las cosas. No constituye caso fortuito sino probando que no obstante aquellas previsiones fue imposible evitar el suceso". (T-82, pág. 299).

La ley de enjuiciamiento civil sanciona a la parte morosa en devolver un expediente con la pérdida del derecho de volver a sacarlo de la Secretaría (art. 379 del C. J.); con multa hasta de cincuenta pesos, si no lo presenta en la Secretaría dentro del plazo de tres días de hecho el requerimiento (art. 380, ibídem), y con el pronunciamiento de sentencia en los términos del artículo 381, ibídem, si vencido dicho término no hubiere obedecido al requerimiento. Esta es la sanción más grave que la norma citada impone al litigante moroso en devolver un expediente.

Pero el artículo 384 del mismo Código permite justificar la no devolución del expediente, y, por lo tanto, liberarse de la sanción o sanciones imponibles si la parte que alega demuestra fuerza mayor o caso fortuito para no haber hecho la devolución.

No habiendo norma especial que fije el alcance que debe dársele a esta eximente dentro del procedimiento, ha de aplicarse el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, que es el que define y señala los elementos constitutivos de este fenómeno liberatorio de responsabilidad. Si el litigante logra demostrarlo, la consecuencia ineludible es que no puede ser sancionado con ninguna de las penas procesales que señalan los artículos precitados; pero el juzgador, al resolver el incidente sobre fuerza mayor, no puede tener en cuenta para la calificación de ella la trascendencia que su no comprobación pueda tener en los intereses de la parte morosa, porque ello implicaría un prejuzgamiento.

Es posible que la no justificación en devolver el proceso lleve a aplicar el artículo 481 del Código Judicial, que en ciertos casos señala la pérdida del pleito, pero esto mismo puede ocurrir, *mutatis mutandis,* cuando no se ha establecido la fuerza mayor que no permitió usar de un término o cuando no se ha revaluado el papel dentro del plazo fijado. Estas son sanciones de carácter procesal de indiscutible trascendencia en el juicio que la ley impone a los litigantes negligentes, y que, llegado el caso, el Juez debe aplicar.

En la calificación del hecho alegado como fuerza mayor en el caso concreto, sólo cabe en esta oportunidad considerar si la pérdida del expediente que recibió el abogado de la parte opositora en el recurso de casación fue en realidad un hecho imprevisto o no.

Del análisis que se ha hecho acerca de las circunstancias en que ocurrió la sustracción del expediente, se llega a la conclusión de que ella no era imprevisible, y, por lo mismo, no puede considerarse como fuerza mayor, y que el auto reclamado no puede reponerse.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, no repone el auto de fecha 13 de noviembre de 1962.

Notifíquese.

Enrique López de la Pava, Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

TRADICION. — SU ALCANCE

Si en la teoría de la adquisición del dominio por modos derivados impera el principio inconcuso de que nadie puede dar lo que no tiene, es en grado igual incontrovertible que quien con voluntad de enajenar entrega una cosa, se desprende de todos los derechos que en realidad tenga sobre el mismo objeto. Así ordena el artículo 752 del Código Civil que "si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada". "Pero si el tradente —agrega el inciso 2º— adquiere después el dominio, se entenderá haberse éste transferido desde el momento de la tradición".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, quince (15) de noviembre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez).

El juicio de sucesión de Geroncio Rodríguez, fallecido desde mediados de 1912, sólo se inició ante el Juez Civil del Circuito de Roldanillo por auto del 14 de marzo de 1941.

Catalina Rodríguez de González, por escritura número 7, de 12 de enero de 1944, Notaría de La Unión (Valle), se subrogó en los derechos de todos los adjudicatarios, excepto Eloy María Rodríguez, que ocupó el lugar de su padre, Israel Rodríguez, a su vez hijo legítimo de Geroncio, el causante.

El acto partitivo en aquella sucesión quedó aprobado el 27 de septiembre de 1943. Pero había acontecido que el susodicho Israel Rodríguez, con la afirmación de ser "dueño por posesión pacífica y no interrumpida desde hace treinta y cinco años", le vendió como cuerpo cierto por escritura número 605, de 24 de septiembre de 1938, Notaría de Tuluá, a Guillermo Millán T. la misma cosa objeto de las adjudicaciones en aquel juicio sucesorio; enajenación que hizo con estas advertencias: a) De haber Israel edificado allí adicionalmente, "con recursos propios y trabajo personal, tres piezas y dos enramadas que prestan servicio para habitación y cocina", y b) "Que la posesión ejercida sobre la pieza y solar ha consistido en la ocupación que de ellos ha hecho con su familia, y en la construcción de las nuevas edificaciones, reparación, administración y buen cuidado de la antigua, la cual entró a habitar con licencia de su padre, señor Geroncio Rodríguez, a título gratuito, es decir, sin cobrarle arrendamiento ni imponerle ninguna condición".

Por esta causa, Catalina Rodríguez de González hubo de promover acción reivindicatoria sobre el inmueble contra Guillermo Millán T. Y terminado el proceso por sentencia de 22 de agosto de 1957, en que la Corte no casó la de 22 de febrero de 1955, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, la actora obtuvo el reconocimiento a su favor de una cuota de $ 183.38 sobre $ 200.00 como avalúo del total, y la condenación conducente a ser restituída en esa misma cuota.

Este derecho a la cosa y "a los frutos naturales y civiles, y el derecho a las costas a que fue condenado el doctor Guillermo Millán T.", los transfirió Catalina Rodríguez de González por venta que le hizo a Carmen Tulia González de Lozano al tenor de la escritura número 50, de 21 de febrero de 1958, Notaría de La Unión. Así como también Carmen Tulia González de Lozano, por escritura número 4791, de 14 de octubre de 1958, Notaría 2ª de Cali, le compró a Guillermo Millán T. "la totalidad de los derechos, sin reserva alguna, que actualmente tiene vinculados" al inmueble en cuestión, según se lee en tal escritura.

Con estos preliminares se inició el presente juicio, en que Carmen Tulia González de Lozano reivindica de Eloy María Rodríguez la misma casa ubicada en La Unión, o en subsidio la cuota

indivisa correspondiente, de $ 183.38 sobre $ 200, a más de la condenación al pago de frutos y de las costas procesales.

En primera instancia el Juez Civil del Circuito de Roldanillo por sentencia del 11 de mayo de 1960 despachó en favor de la actora las súplicas subsidiarias. Proveído que recibió confirmación del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga en fallo dictado con fecha 6 de diciembre de 1961, al decidir en segunda instancia por alzada de ambas partes. Y es ahora la oportunidad de resolver sobre el recurso de casación interpuesto por la demandante.

El fallo acusado.

Para el Tribunal ha girado el debate alrededor del dominio que Carmen Tulia González de Lozano invoca sobre la totalidad, en tanto que el demandado reclama la cuota que le fue atribuída en la sucesión de Geroncio Rodríguez. Estudia las titulaciones y encuentra comprobado el derecho de la actora en la cuota indivisa de $ 183.38 sobre $ 200.00 de avalúo recibido por el inmueble en el juicio sucesorio antedicho; y el del demandado Eloy María Rodríguez hasta concurrencia de $ 16.58 sobre el mismo avalúo.

Considera que en el anterior juicio reivindicatorio de Catalina Rodríguez de González contra Guillermo Millán T. prevaleció el derecho de la actora en la referida cuota de $ 183.38, por cuanto Israel Rodríguez, como antecesor de Millán, apenas tenía título precario sobre el inmueble, por actos de simple tolerancia del dueño, sin que hubiese intervención proveniente de tercera persona. Que por ello la casa de La Unión no salió del activo hereditario de Geroncio Rodríguez, y rigen las adjudicaciones hechas a los asignatarios para liquidar esa herencia. Que Israel Rodríguez no traspasó a Guillermo Millán otra cosa que aquel título precario, ineptamente invocado como causa de prescripción adquisitiva en la escritura de compraventa. De que desprende que el derecho hereditario de Eloy María Rodríguez, como hijo legítimo de Israel en la sucesión de su abuelo Geroncio, quedó intacto en la cuota de $ 16.58 que le fue adjudicada en la respectiva partición de bienes. Y que Guillermo Millán no pudo transferir a Carmen Tulia González de Lozano sino el derecho precario recibido de Israel Rodríguez, lo cual no titulariza a la actora para reivindicar esa cuota de $ 16.58 que completaría su derecho a la totalidad del inmueble.

Entiende el sentenciador que Israel Rodríguez no asumió en momento alguno el carácter de heredero de Geroncio, sino que vendió el predio como cosa exclusiva suya, adquirida por prescripción extraordinaria y no por sucesión por causa de muerte. Y añade:

"No fue, pues, el derecho herencial el objeto de la venta en cuyo caso hubiérale bastado al comprador presentarse al juicio respectivo para hacerse declarar subrogatario. Ni la venta incidió sobre un bien de la sucesión enajenado por un heredero en su calidad de tal, en cuyo caso quedaría sujeta a lo dispuesto en el 2º inciso del artículo 1401 del Código Civil.

"Y no siendo ni una ni otra cosa sino tan sólo teniendo el carácter que ya se dijo, hay que concluír que Israel Rodríguez no hizo acto de heredero, al hacer la venta referida. Y si no hizo acto de heredero, y no hay por otra parte constancia de que antes de fallecer aceptara o repudiara la herencia, que le dejara su padre, Geroncio Rodríguez, fuerza es concluír que Eloy Rodríguez, hijo legítimo de Israel Rodríguez, aceptándola expresamente, tenía el derecho a reclamar en la sucesión de su abuelo, lo que a su padre le hubiera allí correspondido.

"Surge así, clara y evidente, la conclusión de que la actora no es la dueña exclusiva del inmueble, sino tan sólo de la cuota proindiviso de $ 183.38 que adquiriera por transferencia que le hizo la señora Catalina Rodríguez de González por la escritura número 50 de 21 de febrero de 1958; y que el demandado lo es de la de $ 16.58 que le fuera adjudicada en la sucesión varias veces mencionada".

Cargo único.

El libelo presenta exclusivamente un cargo que se concreta en violación directa de los artículos 752, 1287, 1296, aplicación indebida del artículo 1014, y falta de aplicación de los artículos 946, 950 y 964 del Código Civil.

Sobre la base de que Israel fue heredero de Geroncio Rodríguez desde su deceso en 1912 y, por consiguiente, con anterioridad a la venta que del inmueble le hizo a Guillermo Millán en 1938, examina el efecto correspondiente a la tradición, y dice:

"Que Israel no era propietario del inmueble, que por no ser poseedor no pudo prescribir y por ende adquirir el dominio, y que por tales motivos no pudo transmitir el dominio, son cosas evidentes y que no se están discutiendo. ¿Qué pudo transferir y qué transfirió Israel Rodríguez a Millán? Nadie da lo que no tiene, nadie puede transmitir más derechos de los que tiene,

es una máxima cierta y antiquísima, base del fenómeno de 'adquisición de derechos'. Se puede entregar menos de lo que se posee, pero no más de lo que el título señala. Israel tenía construcciones o mejoras en el predio y un crédito real en torno a ellas (C. C. 739), pero ningún derecho sobre el terreno, es la afirmación que a primera vista podría sustentarse. Pero si se anota que la defunción de su padre propietario (1912) precedió a la venta (1938) claramente se aprecia que Israel tenía para cuando vendió un derecho en torno al inmueble, distinto de su anotado crédito, y que ese derecho, consiste en su cuota parte en la sucesión propietaria única de este bien, exclusivo patrimonio del *de cujus*. Lo que impone como conclusión que, al enajenar el inmueble Israel dispuso del derecho que tenía sobre él. No el que pretendía, pero sí el que realmente tenía. Y resulta de esto patente la inconsistencia de la argumentación del Tribunal que muestra la posibilidad de reducir la enajenación a un derecho inexistente y de conservar al mismo tiempo el que sí existía, pese a que la venta se hizo sin reservas.

"De este modo se desconoció el primer cuerpo del artículo 752, Código Civil, que al propio tiempo que consagra la imposibilidad de creación de derecho por el disponente por el solo hecho de la disposición, expresa que con la tradición se transfieren los derechos transmisibles que el tradente tiene sobre la cosa entregada. Lo cual constituye, por la ausencia de aplicación, un quebranto directo del precepto mencionado".

Por aspecto complementario del anterior, dice el recurrente:

"Admite el fallo la posibilidad de circunscripción de la venta al derecho de dominio adquirido por usucapión (derecho que no existía, fantástico o irreal), y de conservación, intacto, del derecho de herencia materializado en ese bien (en una cuota parte del bien), que al no haber sido ejercido por el heredero vendedor, se transmitió a su hijo legítimo, quien sí lo reclamó y lo mantiene. Y al razonar de este modo cae en olvido inexplicable de los artículos 1287 y 1288, Código Civil, y por lo mismo, incurre en su transgresión frontal o directa, ya que la disposición (venta, donación, transferencia en general) del objeto deferido significa o envuelve aceptación de la herencia, y la sustracción de efectos pertenecientes a una sucesión, amén de las sanciones legales privadas y públicas, encierra aceptación, como que el asignatario 'pierde la facultad de repudiar' ".

Como esta censura se encuentra fundada, no es el caso de examinar las alegaciones restantes. (538, C. J.).

En efecto, se considera:

1. Si en la teoría de la adquisición del dominio por modos derivados impera el principio inconcuso de que nadie puede dar lo que no tiene, es en grado igual incontrovertible que quien con voluntad de enajenar entrega una cosa, se desprende de todos los derechos que en realidad tenga sobre el mismo objeto. Así ordena el artículo 752 del Código Civil que "si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada". "Pero si el tradente —agrega el inciso 2º— adquiere después el dominio, se entenderá haberse éste transferido desde el momento de la tradición".

2. Cuando el 24 de septiembre de 1938 Israel Rodríguez manifestó solemnemente su voluntad de enajenar a título de venta en favor de Guillermo Millán la discutida casa de La Unión, no era sin duda el verdadero dueño del cuerpo cierto que decía transferir por haberlo ganado con base en prescripción extraordinaria alcanzada contra la herencia de Geroncio Rodríguez. Pero como sí tenía la calidad de heredero desde el fallecimiento del causante en 1912, y precisamente el acto dispositivo implicó la aceptación de la herencia (1287, C. C.), es indiscutible que su derecho hereditario en cuanto a ese inmueble quedó desde el momento de la tradición en el patrimonio de Guillermo Millán por virtud del acto traslaticio, cuyo significado vino a concretarse en la cuota de $ 16.58 al quedar la herencia liquidada y repartida judicialmente, aunque de nombre allí figurara Eloy María Rodríguez, ya que en lo jurídico se identifica con su autor Israel Rodríguez y el causahabiente de este último, Guillermo Millán, y en la actualidad con Carmen Tulia González de Lozano, reivindicante en esta litis.

3. No cabría pretender que Israel se refiriera por modo expreso a su carácter de heredero en la venta a Millán, cuando precisamente afirmaba allí, sin razón, haber prescrito contra la herencia. Pero en derecho tenía y refrendaba en relación con el inmueble aquella calidad hereditaria, que virtualmente le habilitaba desde entonces para recibir la dicha cuota de $ 16.58 sobre el objeto, recibida realmente en la partición por quien habría de ocupar su mismo sitio

jurídico conforme a la ley. En consecuencia, lo que en derecho transfirió Israel Rodríguez a Guillermo Millán desde el día de la tradición en 1938 fue esa cuota de $ 16.58, según la norma sustancial de que el "asignatario se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en todos los efectos que le hubieren cabido (en la partición), y no haber tenido jamás parte en los otros efectos de la sucesión". (1401, C. C.).

4. A lo cual se agrega la injurídica posición en que se hallaría Eloy Rodríguez si como heredero de Israel pudiese obtener ventaja o sacar partido alguno del hecho resultante de que su padre vendiese cosa ajena en el exceso de la cuota de $ 16.58, cuando en principio y como causahabiente del vendedor habría de sobrellevar la responsabilida indemnizatoria del caso.

Y por cuanto Israel Rodríguez se desprendió de todos sus derechos sobre la cosa en la venta que le hizo a Millán, es obvio y natural que Eloy María, en calidad de heredero del vendedor, no puede oponerle a ese mismo comprador como título la adjudicación que en el lugar jurídico del vendedor Israel Rodríguez le fue hecha en el juicio sucesorio de su abuelo Geroncio. Y como en el presente litigio Carmen Tulia Gonzáles de Lozano, por negocio de compraventa, se halla colocada en el puesto de Guillermo Millán, tampoco es oponible a la actora la adjudicación de que se trata, desde luego que el respaldo en derecho de esa misma adjudicación pertenecía, no ya a Eloy María Rodríguez, sino a Guillermo Millán, y hoy a la actora González de Lozano, quien por lo mismo aparece con título prevaleciente de dominio sobre la totalidad del objeto en reivindicación.

5. Por estar fundada la censura debe casarse la sentencia. Y para la de reemplazo son suficientes los motivos que anteceden, con la advertencia de que procede conservar el tratamiento de buena fe para el poseedor.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia de fecha 6 de diciembre de 1961, proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, revoca la de primera instancia dictada el 11 de mayo de 1960 por el Juez Civil del Circuito de Roldanillo, y en su lugar *resuelve:*

1º No están probadas las excepciones propuestas, de petición de modo indebido y de cosa juzgada.

2º Dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del auto de obedecimiento, Eloy María Rodríguez G. restituirá a Carmen Tulia González de Lozano el "predio urbano ubicado en la población de La Unión (Valle), constituído por la casa de habitación con todas sus mejoras y dependencias, y su respectivo lote de terreno con superficie aproximada de diez (10) varas de frente, por treinta y siete (37) varas de fondo o centro, especialmente determinado todo el inmueble por los siguientes linderos: *Norte,* predio del Municipio de La Unión; *Oriente,* la plaza principal de la población; *Sur,* parte con predio de Pedro Antonio González y parte con predio de Marcos Franco, y *Occidente,* predio de los herederos de Manuel de Jesús Millán".

3º, Las prestaciones mutuas según la ley, en razón de frutos y mejoras, se liquidarán por el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial, con tratamiento de buena fe para el poseedor.

4º Inscríbase este fallo en el registro competente.

5º Sin costas en las instancias ni en casación.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial,* y vuelva el proceso al Tribunal de su origen.

Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez R., Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada, José Hernández Arbeláez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

FILIACION NATURAL

La Corte reafirma la doctrina consistente en que la acción de filiación natural puede proponerse contra el padre mientras viva y muerto contra sus herederos. — Efectos de estas sentencias. — La calidad de heredero puede también probarse en juicio con la copia del reconocimiento hecho en el de sucesión.

1. La acción de reclamación del estado civil de hijo natural se promueve contra el presunto padre como contradictor legítimo, pero, una vez fallecido éste, esa acción no se extingue por tal causa, sino que puede entonces ejercitarse cotra sus herederos como sucesores en todos sus derechos y obligaciones transmisibles. (LIX, 2025, 682; LXXI, 2110, 104; LXXVIII, 2147, 923).

2. La sentencia declarativa de una paternidad natural produce efectos absolutos o erga omnes cuando se pronuncia directamente contra el padre; pero, si por muerte de éste, la acción se adelanta o se promueve contra sus herederos, los efectos del fallo son simplemente relativos, esto es, que la decisión no afecta en tal caso sino al heredero o herederos personalmente vencidos en la litis. (LIX, 2025, 692).

La relatividad de los efectos del fallo en este caso del juicio sobre filiación con los herederos del presunto padre natural, no contradice ni desconoce el principio de la indivisibilidad del estado civil, sino que se la explica porque todos esos herederos, como sucesores del causante, son llamados a ocupar sendas posiciones iguales frente al actor, de tal modo que éste no puede desplazarlos o concurrir con ellos en la herencia, según el caso, si no establece respecto de cada uno de los mismos el estado civil que reclama, con las consecuencias jurídicas que de él se derivan. De lo cual se sigue que en el mismo caso el demandante dispone de tantas acciones autónomas, aunque conexas por su causa o título, cuantos son los sucesores del pretendido padre, que pueda renunciar a cualquiera de esas acciones, que cada heredero tiene derecho a impugnar la acción que contra él se ejercita, que la desestimación de una cualquiera de tales acciones beneficia a los demás coherederos y que la prosperidad de una de las mismas acciones no afecta ni perjudica a los herederos que no fueron llamados al juicio o que, habiéndolo sido, no se les comprobó su referida calidad de herederos.

3. La calidad de heredero también puede probarse en juicio de filiación natural con la copia del reconocimiento hecho en el de sucesión. La Corte ha considerado idónea esta prueba para demostrar la capacidad de un demandado para ser parte en esta clase de litigios. (Cass. febrero 22 1952, LXXI, 2110, 104; octubre 22 1954, LXXVIII, 2147, 923).

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

(Magistrado ponente: doctor Enrique López de la Pava).

Obrando por medio de apoderado, los señores Roberto y Luis Enrique Torres R. demandaron ante el Juez Civil del Circuito de Garzón a los señores Jerónimo, Melitón, Isidro, Dimas, Jesús, Fidelia y Víctor Manuel Rincón Ramos, en su calidad de hermanos y herederos del extinto Juan de Dios Rincón, para que, en sentencia dictada por la vía ordinaria, se declarara principalmente que los demandantes son hijos naturales y herederos con mejor derecho del nombrado Juan de Dios Rincón.

Los hechos principales de la demanda pueden resumirse así:

1. En el año de 1927 Juan de Dios Rincón inició relaciones amorosas con Marcelina Torres en el poblado de La Jagua, y poco después Rincón y la Torres constituyeron "una informal vida conyugal", uniéndose a vivir como casados, bajo un mismo techo, y prodigándose cuidados y consideraciones propios de marido y mujer, situación ésta que duró varios años.

2. "Como fruto de ese informal enlace conyugal formado entre Juan de Dios Rincón R. y Marcelina Torres nacieron los nombrados Roberto y Luis Enrique Torres R. en dicha La Jagua, en los años de 1928 y 1929, respectivamente, según lo demuestran las correspondientes partidas de bautizo de orden eclesiástico".

3. El "informal cónyuge" Rincón se consagró a velar por sus citados hijos naturales, proveyéndolos de todo lo necesario para su subsistencia y educación, que, aunque elemental, recibieron ellos en La Jagua, y presentándolos ante sus amigos y el público en general como hijos suyos, lo que hizo hasta que dichos hijos tuvieron más de catorce años.

4. Juan de Dios Rincón fue hijo legítimo de Toribio Rincón y Encarnación Ramos, murió en El Agrado el 26 de junio de 1958, y dejó varios bienes raíces y muebles.

Los demandados Melitón, Isidro y Jerónimo Rincón contestaron la demanda diciendo aceptar unos hechos, negar otros y oponerse a que se hicieran las declaraciones impetradas.

Los otros demandados Dimas, Jesús, Fidelia y Víctor Manuel Rincón fueron debidamente emplazados por ignorarse su residencia, y, como no comparecieron, se designó un curador *ad litem* para que los representase. Este curador respondió la demanda expresando que no negaba ni afirmaba los hechos, y que se atenía a las pruebas que se adujeran.

El primer grado de la litis concluyó con la sentencia de tres de agosto de 1960, en la cual se hicieron las declaraciones pedidas y se denegó la condena en costas.

De esta sentencia apelaron la parte demandante y el procurador de los demandados Jerónimo, Melitón e Isidro Rincón. La parte actora contrajo su recurso al punto relacionado con la no condena en costas.

El curador *ad litem* de los otros demandados guardó silencio respecto del fallo de primera instancia.

La sentencia acusada.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva puso término al segundo grado del negocio mediante la sentencia de nueve de marzo de 1961, en la cual se revocó la de primera instancia, y en su lugar se dispuso:

"1º No entrar a decidir en el fondo la acción instaurada por Luis Enrique y Roberto Torres contra la sucesión de Juan de Dios Rincón por falta del presupuesto procesal consistente en no haber acreditado el actor, en forma plena y completa, que todos los demandados tienen la calidad de herederos del citado Rincón.

"2º Ordenar la cancelación del registro de la demanda, y

"3º No hacer condenación en costas".

El fallo del Tribunal empieza por expresar que los demandados fueron llamados a este juicio en su calidad de hermanos legítimos y herederos del presunto padre natural, Juan de Dios Rincón; reconoce que se halla plenamente demostrado el parentesco entre éste y los señores Jerónimo, Melitón y Víctor Manuel Rincón, pero que no lo está respecto de los otros demandados, señores Isidro, Dimas, Jesús y Fidelia Rincón, y discurre luego sobre el presupuesto procesal de capacidad para ser parte en juicio. A este propósito afirma dicha sentencia: "Es importante definir si la calidad de heredero que asume un demandante o demandado para hacer valer la existencia o el reconocimiento de un derecho, es cuestión de simple rito procesal, o al contrario es un factor o aspecto esencial de la misma acción, o en otros términos, si esa calidad de heredero se relaciona con la noción de presupuesto procesal o con la legitimación en causa. Se destaca la importancia de esta definición, porque la ausencia de la prueba de tal calidad, es decir, la de heredero, puede determinar un fallo negativo de todas maneras, pero que para los efectos de la cosa juzgada son distintos los resultados, según se esté en presencia de la falta de un simple presupuesto o de un caso de legitimación en causa: si ocurre lo primero, el fallo no produce los efectos de cosa juzgada sustancial, sino apenas formal; y si lo segundo, los efectos del fallo son definitivos y la acción se extingue, porque la cosa juzgada es entonces material o de mérito".

La misma sentencia transcribe algunos pasos de dos providencias de la Corte, una de 19 de agosto de 1954 (LXXVIII, 2145, 346), en que se expresa que la calidad de herederos en los demandados no es cuestión atinente a la capacidad para ser parte o a la capacidad procesal, sino elemento estructural de la acción, y otra del 21 de julio de 1959 (XCI, 2214, 46), en que, con miras a modificar la doctrina anterior, se

sostiene que esa calidad de heredero es asunto inherente a los presupuestos procesales y no elemento de la acción, y que, de consiguiente, la ausencia de prueba de la misma calidad conduce a una sentencia inhibitoria, con consecuencias de cosa juzgada formal, y no a una sentencia de mérito, con efectos de cosa juzgada material. Luego finaliza el fallo así:

"En este juicio ha debido establecerse por los medios legales la calidad de herederos de todos los demandados en relación con Juan de Dios Rincón, y ya vimos que no se hizo en relación con Isidro, Dimas, Jesús y Fidelia Rincón.

"Si nos atuviéramos a la primera de las doctrinas sentadas por la honorable Corte, tendríamos que la falta de demostración plena de la calidad de herederos en los demandados, no podría ser una cuestión de simple rito procedimental, sino un aspecto sustancial de la acción, algo relativo al sujeto pasivo de ésta, a la personería sustantiva de la parte demandada. La acción de filiación se dirigió contra todos los herederos de Juan de Dios Rincón por considerárseles con vocación hereditaria en la sucesión, y de esta suerte esa condición de herederos que se les asignó en la demanda es un extremo tan fundamental de la acción que, sin ella, no tendrían por qué responder en juicio.

"No obstante, el Tribunal, siguiendo las últimas orientaciones de la Corte, considera que al no probar el actor que todos los demandados son herederos de Juan de Dios Rincón, quedó incompleta la relación jurídico-procesal, lo que le impide entrar a conocer el fondo de la acción misma".

La impugnación.

La parte demandante recurrió en casación contra la sentencia del Tribunal y con invocación de la causal primera ha formulado contra ese fallo dos cargos, uno por violación directa y otro por quebranto indirecto de las mismas disposiciones. La Corte se contraerá a examinar el cargo por infracción directa por hallarlo fundado y próspero. (C. J., 538).

El cargo se hace consistir en la violación, por falta de aplicación de los artículos 4º, 5º y 7º de la Ley 45 de 1936, 401, 403, 404, 1008 y 1155 del Código Civil. La acusación sostiene que la sentencia yerra al estimar que la sola presencia de los demandados Isidro, Melitón, Jerónimo y Víctor Manuel Rincón, o sea de los hermanos que figuran reconocidos herederos de Juan de Dios Rincón en el juicio mortuorio de éste, no es suficiente para reconocer la filiación natural de los demandantes frente a dichos herederos. Estos demandados, como sucesores de Juan de Dios Rincón, representan al presunto padre natural, según los artículos 404 y 1155 del Código Civil, y están por tanto legitimados para intervenir en este juicio y para sufrir los efectos del reconocimiento de la filiación natural de los actores. En cambio los señores Dimas, Jesús y Fidelia Rincón, esto es, los demandados, cuyo parentesco con el causante no aparece comprobado, no representan a éste y, en consecuencia, frente a ellos no procede la declaración judicial de esa filiación. Los demandados que fueron reconocidos herederos del padre natural por estar demostrado su parentesco con éste, representan al contradictor legítimo y, por tanto, no puede afirmarse aquí que falte este contradictor y que no pueda dictarse sentencia de fondo. "El sentenciador, como se ve —dice el recurrente—, pasa por alto los artículo 401, 403, 404, 1008 y 1155 del Código Civil, así como los artículos 4º, 5º, 7º, 19 y 20 de la Ley 45 de 1936, ya que al abstenerse de pronunciar el fallo de filiación natural demandada, propiamente lo que hace es desconocer que son partes legítimas los herederos del causante, y que como hijos naturales tienen derechos a los bienes dejados. El sentenciador no puede abstenerse de hacer el juzgamiento, y si lo hace es porque no le da relevancia a las disposiciones mencionadas, dejándolas sin efecto o valor alguno para el efecto de calificar quién es parte legítima en un juicio de filiación y qué derechos tienen los hijos naturales y en qué casos pueden ser reconocidos como tales".

Después de otras consideraciones sobre el mismo punto, el impugnante resume así este cargo: "Violación directa de los artículos 7º de la Ley 45 de 1936, y 401, 403, 404, 1008 y 1155 del Código Civil, en cuanto declara el sentenciador que el hecho de no haberse comprobado que Jesús, Fidelia y Dimas Rincón, demandados como herederos de Juan de Dios Rincón, en el carácter de hermanos legítimos, implica la falta en el proceso de elementos necesarios para la decisión, o lo que es lo mismo, que sin dicha comparecencia no se puede tomar decisión alguna en relación con la filiación natural reclamada.

"Es verdad que la ley prohibe la decisión sin el contradictorio de una parte que no está todavía en el proceso; pero el honorable Tribunal olvidó o pasó por alto los citados preceptos cuando no tuvo en cuenta las normas particulares contenidas en ellos en cuanto establecen que los herederos de Juan de Dios Rincón, ya reconocidos, eran suficiente parte legítima demandada, en su carácter de representantes o continuadores

de la persona mencionada. El sentenciador apenas ha tenido en cuenta el principio de que no se puede decidir sobre una demanda sino oída o debidamente citada la parte contra quien se propone, o sea que todo proceso debe desenvolverse en juicio contradictorio de los dos sujetos del litigio, olvidando o pasando por alto el contenido de los citados artículos 401, 403, 404 y 1155 del Código Civil, especiales al caso y conforme a los cuales los demandados Jerónimo, Isidro, Melitón y Víctor Manuel Rincón, por sí solos, como herederos, tenían la representación del padre demandado, porque no pueden existir tantas causas cuantos herederos puedan llegar a tener el carácter de hermanos del presunto padre demandado, pues la sentencia que reconoce o declara un estado civil tiene fuerza *erga omnes,* y sólo requiere la intervención de los herederos del causante y en manera alguna de aquellas personas que, citadas como herederos, no han comprobado su carácter de tales.

"De manera que, aplicando los preceptos del legítimo contradictor y especialmente el contenido del artículo 404 del Código Civil, en relación con el artículo 7º de la Ley 45 de 1936, el honorable Tribunal no hubiera dicho, con violación del artículo 1155 del Código Civil, que Melitón, Jerónimo, Isidro y Víctor Manuel Rincón, como herederos reconocidos, no eran suficiente parte legítima demandada para decidir sobre la acción".

La Corte considera:

La sentencia que es motivo del recurso tiene por debidamente acreditado el parentesco entre el causante Juan de Dios Rincón y los demandados Jerónimo, Melitón y Víctor Manuel Rincón, y anota que el mismo parentesco no figura comprobado respecto de los otros demandados Isidro, Dimas, Jesús y Fidelia Rincón. De esta circunstancia se vale el fallo para concluír que la ausencia de prueba de que todos los demandados son herederos del presunto padre natural, implica que en este juicio no se estableció en debida forma la relación jurídico-procesal, y que este vacío impide hacer un pronunciamiento de fondo sobre la filiación natural demandada.

Desde la casación de primero de octubre de 1945 (LIX-2025, 682) la jurisprudencia de la Corte tiene consagrados en materia de filiación natural estos dos postulados:

Primero. La acción de reclamación del estado civil de hijo natural se promueve contra el presunto padre como contradictor legítimo, pero, una vez fallecido éste, esa acción no se extingue por tal causa, sino que puede entonces ejercitarse contra sus herederos como sucesores en todos sus derechos y obligaciones transmisibles. "Legalmete procede —ha dicho la Corte— el ejercicio de la acción de investigación de la paternidad natural que consagra la Ley 45 de 1936 contra el presunto padre, mientras viva, y después de su muerte contra sus herederos, como continuadores de su personalidad jurídica, en representación del sujeto pasivo de esa acción". (LXXI-2110, 104. LXXVIII-2147, 923).

Segundo. La sentencia declarativa de una paternidad natural produce efectos absolutos o *erga omnes* cuando se pronuncia directamente contra el padre; pero, si por muerte de éste, la acción se adelanta o se promueve contra sus herederos, los efectos del fallo son simplemente relativos, esto es, que la decisión no afecta en tal caso sino al heredero o herederos personalmente vencidos en la litis. Sobre lo cual ha expresado también la Corte que "la aplicación lógica y natural de la institución del legítimo contradictor dentro del estatuto de filiación natural es que si el juicio de declaración de la paternidad natural se sigue con el pretendido padre, la sentencia que se dicte obliga a todos, en fuerza de sus efectos *erga omnes*. Lo que no ocurrirá cuando la declaración de paternidad se demande después de muerto el padre, contra sus herederos, porque entonces la sentencia que se dicte, no habiéndolo sido con audiencia del legítimo contradictor, tiene los efectos comunes de la cosa juzgada, de crear vinculaciones obligatorias limitadas a los litigantes". (LIX-2025, 692).

La relatividad de los efectos del fallo en este caso del juicio sobre filiación con los herederos del presunto padre natural, no contradice ni desconoce el principio de la indivisibilidad del estado civil, sino que se la explica porque todos esos herederos, como sucesores del causante, son llamados a ocupar sendas posiciones iguales frente al actor, de tal modo que éste no puede desplazarlos o concurrir con ellos en la herencia, según el caso, si no establece respecto de cada uno de los mismos el estado civil que reclama, con las consecuencias jurídicas que de él se derivan. De lo cual se sigue que en el mismo caso el demandante dispone de tantas acciones autónomas, aunque conexas por su causa o título, cuantos son los sucesores del pretendido padre, que puede renunciar a cualquiera de esas acciones, que cada heredero tiene derecho a impugnar la acción que contra él se ejercita, que la desestimación de una cualquiera de tales acciones beneficia a los demás coherederos, y que

la prosperidad de una de las mismas acciones no afecta ni perjudica a los herederos que no fueron llamados al juicio o que, habiéndolo sido, no se les comprobó su referida calidad de herederos.

En el presente caso se halla establecido que los demandados Melitón, Jerónimo y Víctor Manuel Rincón son hermanos legítimos, y que como tales fueron declarados herederos de Juan de Dios Rincón, señalado por los actores como su padre natural. No se adujo la partida de bautismo de Isidro Rincón, pero sí aparece que a éste se lo declaró también heredero del mismo causante dentro del juicio mortuorio, prueba que la Corte ha considerado idónea para demostrar la capacidad de un demandado para ser parte en esta clase de litigios. (Casación de febrero 22 de 1952, LXXI-2110, 104. Casación de octubre 22 de 1954, LXXVIII-2147, 923).

Respecto de los demandados Dimas, Jesús y Fidelia Rincón no se acreditó su parentesco con el causante Juan de Dios Rincón ni que hayan sido declarados herederos de éste.

Aquí hay, pues, cuatro demandados que, por su calidad de herederos del presunto padre natural, gozan de capacidad para ser sujetos pasivos de la acción de estado que se ejercita, y otros tres que no se encuentran en las mismas circunstancias. Si se considera que son siete los demandados, que las pretensiones de los autores frente a cada uno de éstos dan origen a otras tantas acciones autónomas, aunque acumulables por su conexión causal, y que entre dichos demandados no se forma un litisconsorcio pasivo necesario, como lo ha reconocido la Corte (LXXIX-2150, 439), sino simplemente propio o voluntario, hay que concluír que cada acción puede ser resuelta en forma independiente y dar lugar a un fallo de mérito cuando en la litis concurren todos los presupuestos procesales, como sucede en este caso respecto de los cuatro demandados que aparecen legitimados en causa.

Estas consideraciones demuestran que en realidad el fallo acusado quebranta por inaplicación los preceptos citados por el recurrente al abstenerse de decidir el fondo del litigio frente a los demandados que figuran declarados herederos del presunto padre natural, y que por lo mismo ese fallo debe ser infirmado para el efecto de dictar la correspondiente sentencia de mérito.

Sentencia de instancia.

I. En respaldo de sus pretensiones los demandantes invocan las causales de relaciones sexuales, estables y notorias, entre su madre Marcelina Torres y Juan de Dios Rincón, y de posesión notoria de su estado de hijos naturales respecto del citado Rincón. El fallo de primera instancia encontró demostrada esta segunda causal de posesión notoria e hizo las declaraciones impetradas frente a todos los siete demandados como sucesores del presunto padre natural.

La sentencia de primer grado fue apelada por el personero de los demandados Melitón, Jerónimo e Isidro Rincón. Los otros demandados, señores Dimas, Jesús, Fidelia y Víctor Manuel Rincón han sido representados por un curador *ad litem,* quien se abstuvo de interponer el mismo recurso contra dicho fallo. De suerte que la decisión de primera instancia se halla ejecutoriada en relación con estos cuatro últimos demandados, y, por tanto, la apelación debe contraerse a revisar ese fallo en cuanto concierne tan sólo a los recurrentes Melitón, Jerónimo e Isidro Rincón.

II. Los demandantes Roberto y Luis Enrique Torres nacieron en la población de La Jagua el 26 de febrero de 1928, el primero, y el 30 de marzo de 1929, el segundo.

En demostración de las causales alegadas los actores acudieron a la prueba testimonial y allegaron las declaraciones de los señores Luis Antonio y José Miguel Sánchez, José Vicente y Pedro María Serrano, Juan de la Cruz Benavides, Silvano Téllez, Segundo Fernández, Isaac Carvajal, Luis A. Hermida, Pedro Ramos y Matilde Verú de Bravo. Todos estos deponentes hablan tanto de las relaciones sexuales entre Juan de Dios Rincón y Marcelina Torres como de hechos relativos a la posesión notoria del estado de hijos naturales de los demandantes Torres respecto del nombrado señor Rincón. En cuanto a las relaciones sexuales los testigos se limitan a hacer afirmaciones generales sobre su existencia y no relatan hechos concretos que puedan servir de base para concluír con certeza que en realidad los nombrados Rincón y la Torres tuvieron esas relaciones por lo menos durante las épocas en que los demandantes fueron concebidos. Así lo apreció el fallo de primera instancia.

Por lo que hace a la causal de posesión notoria, los declarantes son más concretos y casi todos dan cuenta de que, nacidos los demandantes Torres cuando su madre vivía con Juan de Dios Rincón, éste se consagró a atenderlos y cuidarlos, que les suministraba alimentación y vestuario, que les dio educación elemental, que los presentaba como hijos suyos a sus vecinos y amigos, que en el vecindario de La Jagua y de El Agrado más tarde los Torres eran tenidos como hijos de Rincón, y que todo ello ocurrió hasta que los mismos Torres alcanzaron la edad de quince o

diez y seis años. La sentencia de primer grado, fundándose en estas aseveraciones testimoniales, tiene por comprobada la causal de posesión notoria del estado de hijos naturales de los demandantes respecto de Juan de Dios Rincón. Y lo cierto es que los testigos narran hechos que ellos presenciaron y que producen el convencimiento de que el citado Rincón dio a los Torres el tratamiento público de padre y cuidó de su subsistencia y educación, todo ello durante más de diez años. De modo que en realidad hay prueba suficiente para considerar establecida esta causal de posesión notoria en orden a hacer frente a los apelantes las declaraciones solicitadas en la demanda inicial de esta litis.

Procede, en consecuencia, la confirmación de la sentencia de primer grado en cuanto fue motivo de la alzada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia de nueve de marzo de mil novecientos sesenta y uno, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en este juicio sobre filiación natural de Roberto y Luis Enrique Torres contra los herederos de Juan de Dios Rincón, y en su lugar *resuelve:*

Primero. Confírmase en todas sus partes la sentencia de tres de agosto de mil novecientos sesenta, dictada en este mismo juicio por el Juez Civil del Circuito de Garzón.

Segundo. Sin costas en la segunda instancia y en el recurso extraordinario.

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

Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, con salvamento de voto, *Arturo C. Posada, Enrique López de la Pava.*

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor José Hernández Arbeláez en el fallo que antecede.

El proyecto que redacté como ponente inicial llegaba a no casar la sentencia inhibitoria del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, por estas

Consideraciones:

1. Como ha expuesto la Corte en repetidos fallos, entre otros el de Sala Plena de 20 de junio de 1955 (LXXX, 2154, 258, 2ª), "'*los presupuestos procesales* no son otra cosa que las condiciones necesarias para que se forme válidamente la relación jurídico-procesal, de modo que se encuentren surtidos los requisitos previos que permitan al juzgador resolver el litigio en forma bien sea favorable o bien sea desfavorable a las súplicas del libelo inicial del procedimiento. Mientras que la *legitimación en causa* atiende a que el sentenciador pueda proveer en sentido favorable a lo pedido en la demanda, por ser el actor titular verdadero de la acción propuesta, y el demandado la propia persona contra la cual es concedida la acción por las normas jurídicas. Sin la titularidad así entendida nunca es posible que la acción prospere *(legitimatio ad causam),* aunque para el fallo adverso se entienden plenamente reunidos los presupuestos procesales, esto es: a) Demanda formalmente admisible; b) Competencia del juzgador; c) Capacidad para ser parte, esto es, capacidad general en derecho, y d) Capacidad para obrar procesalmente, o sea capacidad de ejercicio *(legitimatio ad processum)',* (LXXVIII, 2147, 924)".

2. La Corte había considerado exclusivamente como legitimación pasiva en causa de filiación natural *post mortem* la prueba de la calidad de heredero en el demandado con respecto al pretenso padre fallecido. Pero desde la sentencia

de fecha 21 de julio de 1959 ha sido doctrina reiterada en la de 6 de julio de 1961, que la demostración del carácter de heredero incumbe ante todo, como una tercera categoría *(tertium genus)*, al presupuesto procesal de capacidad para ser parte.

3. Expone el citado fallo del 21 de julio de 1959:

En "la sucesión hereditaria, los herederos asumen el carácter de parte, por activa o por pasiva, no personalmente, ni como representantes de una entidad que carece de personería jurídica (la herencia), sino por la calidad de herederos de que están investidos, y que, desde luego, debe aparecer comprobada en el proceso, en cuanto a la vocación y a la aceptación se refiere. Lo que indica, como lo anota el autor citado (Enrico Redenti), que existe una tercera categoría, dentro del presupuesto procesal, capacidad para ser parte, que es precisamente el caso de quien no comparece en propio nombre, ni en representación de otro, sino por virtud del cargo o calidad, es decir, en el evento contemplado, por ser heredero. Por ende, queda demostrado que todo lo relativo a este aspecto de la cuestión, pertenece al campo procesal y no al sustancial, vale decir que corresponde a uno de los presupuestos del proceso y no a una de las condiciones de la acción civil como se había venido considerando por la doctrina. De lo cual se infiere que la ausencia de prueba sobre el carácter de heredero implica sentencia inhibitoria, con consecuencias de cosa juzgada formal, y no sentencia de mérito, con consecuencias de cosa juzgada material". (XCI, 2214, 52).

4. Y de la sentencia de fecha 6 de julio de 1961 conviene transcribir:

"Si la muerte es incapaz de extinguir la condición de hijo que alguien tenga con respecto al padre fallecido, habrá de subsistir la acción que permite declarar judicialmente la paternidad natural. Sólo que muerto ya el legítimo contradictor es imposible su presencia en el juicio, y viene a ser indispensable que quienes como herederos ocupan su lugar jurídico sean citados a la controversia como continuadores de la persona difunta.

"En principio, hay conjunción jurídica entre coherederos para ocupar el puesto del padre difunto en los juicios de filiación natural. Es conveniente que todos ellos sean citados al proceso, pero no se requiere que todos y cada uno de los coherederos contradigan la acción. Llamados, sin omitir a ninguno, la sentencia aprovecha o perjudica a los coherederos por igual, aunque apenas uno solo se hubiera opuesto a la acción.

"La estructura del proceso exige, entonces, que de autos aparezca la calidad de heredero, a fin de que el debate judicial se surta precisamente con quienes representan al difunto por voluntad de la ley, de manera que así llegue a formarse válidamente en vínculo jurídico procesal, desatable por sentencia de mérito.

"En los juicios de filiación natural no se demanda al heredero *iure proprio* sino *iure hereditario*.

"Si el pretenso hijo natural ha de encaminar el procedimiento contra todos y cada uno de quienes por sucesión hereditaria están llamados al mismo lugar jurídico que el causante ocupara, no deja de ser notorio que si el heredero responde de la acción, no es porque personalmente la paternidad pueda serle atribuída, sino por la razón elemental de que en el juicio debe comparecer en lugar del difunto.

"La ausencia de prueba de esa calidad impide el nacimiento de la relación jurídico-procesal; no existe por pasiva la capacidad para ser parte como presupuesto del pronunciamiento de fondo. Pero si el carácter de heredero está probado, no hay duda de que entonces, además de capacidad para ser parte, constituye condición de la acción, por aparecer ya dirigida precisamente contra quien la conceden las normas, como predicado de la legitimación pasiva en causa de filiación natural después de muerto el legítimo contradictor.

"No es ciertamente lo mismo que el proceso demuestre que el llamado a juicio en realidad no ocupa como heredero el puesto del *de cujus* para afrontar el litigio de filiación natural pasivamente legitimado, o que apenas no se haya traído al proceso la prueba de su calidad de heredero. En el primer caso procede la absolución, mientras que en el segundo, fallo inhibitorio.

"Así como es de ver también que acreditado el carácter de heredero, constituye tanto capacidad para ser parte, como condición de la acción, para la *legitimatio ad causam*, que permita condenar o absolver según lo alegado y probado, y fundar cosa juzgada material por sentencia definitiva. Sólo que si falta la demostración del carácter de heredero como presupuesto procesal, no hay lugar a considerarlo de ninguna otra manera, y menos como elemento de la acción para fallo de mérito". *(No publicado todavía en la* Gaceta Judicial).

5. Es ostensible que quien por título universal no sea llamado a la sucesión del presunto padre, carece de capacidad de obrar procesalmente en el debate de filiación natural. De esta suerte, si para el demandado no aparece de autos prueba idónea que acredite su condición de heredero con respecto a quien el libelo señala como padre natural del actor, es imposible que ese demandado ingrese al juicio. Por tanto, el lazo jurídico procesal no puede atarse en ausencia de prueba de la aptitud para ser parte en la controversia. Y sin ello no existe apoyo para pronunciamiento de mérito.

6. Si el material probatorio esclarece el título de quien como heredero fue citado al juicio de filiación natural, ya es notorio que sobre esa base en las probanzas, la condición de continuador de la persona difunta viene a ser no sólo presupuesto procesal satisfecho, sino por añadidura legitimación pasiva en causa. Pero si falta esa base probatoria, no puede hallarse cumplido el requerimiento previo para fallo de fondo. Menos aún cabría que el punto, que no alcanzó a ser presupuesto ritual, fuese referido sustancialmente a la legitimación en causa para proveer fallo absolutorio.

Con todo lo cual se corroboran las doctrinas transcritas.

7. Si en concreto la voluntad demandante se ha manifestado con evidencia en el sentido de integrar conjuntamente con varias personas de la misma calidad jurídica, como coherederos, el sujeto pasivo para responder en juicio de filiación natural, el consorcio así definido por el querer del actor en materias donde impera la autonomía de la voluntad, exige de manera inequívoca que los presupuestos procesales queden satisfechos a cabalidad por todas y cada una de las personas que integran la parte demandada, como previa condición de indivisible cumplimiento para que nazca el vínculo procesal desatable por sentencia de mérito. Si para una o varias de esas personas falta alguno de tales presupuestos el lazo jurídico no llega a formarse en el litigio y es procedente la total inhibitoria.

8. No es modificable en casación el extremo pasivo con que debió ligarse el vínculo procesal, para ensayar reparo contra el fallo que resuelve el planteamiento inicial del actor, no modificado, en cuanto cupiese, dentro de la instancia. Más que de un medio nuevo, se trata entonces del cambio de la pretensión, sin ninguna oportunidad de hacerlo ante la Corte. Es obvio y natural, en efecto, que el sentenciador no pudo considerar esa solicitud propuesta por primera vez en casación.

Cuando el actor quiere expresamente que el fallo comprometa a todos los llamados como coherederos del presunto padre natural, su voluntad no modificada en el juicio es inmodificable en el recurso extraordinario.

9. Caso distinto sería que de autos se manifestara el error de la demanda inicial consistente en incluír dentro del grupo de personas demandadas a quien no debía figurar allí por ser extraño a la relación sustancial que el juicio ventila, y para quien la absolución se predica. Pero si como en la presente litis acontece, apenas se trata de la carencia de *prueba idónea* para admitir la supletoria de parentesco y calidad para obrar en algunas de las personas que integran indivisiblemente la parte demandada, y se está en presencia de elementos que el actor admite, en vez de discutirlos, al par que del proceso se infieren por otros medios que no corresponden a la tarifa, pero que en modo alguno son negativos, sino antes bien, afirmativos de aquel parentesco y calidad, aparece entonces que la solución integral inhibitoria del sentenciador de Neiva se conforma a derecho, desde luego que no fue erróneo en el actor el incluír a tales personas en la conjunción pasiva de la sujeta materia litigiosa.

Es así como salvo mi voto.

Fecha *ut supra.*

José Hernández Arbeláez.

SIMULACION DE UNA COMPRAVENTA. — DONACION

Interpretación del artículo 1934 del Código Civil. — Causal 1ª de casación. — No puede operar a la vez por violación directa, por indebida e interpretación errónea. — Error de derecho. — Condiciones que debe llenar el cargo. — La apreciación de indicios es materia del resorte autónomo del Tribunal.

1. Ha sido constante doctrina de la Corte la de que la disposición del artículo 1934 del Código Civil toca únicamente con intereses de terceros: antes del cambio sufrido en la jurisprudencia nacional en punto a simulación, a fin de que la cláusula de haberse pagado el precio no pudiese ser destruída, frente a terceros, sino por causas de "nulidad o falsificación"; después, además, por motivos de simulación de pago del precio, pero siempre que los terceros hubiesen estado al corriente de la estipulación oculta de no haber sido cubierto.

Mas la expresada disposición legal jamás se ha interpretado en el sentido de que la referida cláusula no admite, entre las partes, prueba en contrario.

Pueden verse, entre otras, estas casaciones: febrero 17 de 1898 (XIII, 658, 270), octubre 26 de 1916 (XXV, 1322 y 1323, 525), septiembre 22 de 1924 (XXXI, 1611, 152), junio 22 de 1931 (XXXIX, 1880, 139), septiembre 8 de 1938 (XLVII, 1940, 117), octubre 11 de 1945 (LIX, 2025 a 2027, 718), noviembre 9 de 1946 (LXIII, 2055 y 2056, 359), septiembre 11 de 1953 (LXXVI, 2134, 306) y octubre 20 de 1955 (LXXXI, 2159, 450).

2. La causal primera de casación no puede operar a la vez por violación directa, interpretación errónea e indebida aplicación, según repetida doctrina de la Corte, con apoyo tanto en los términos del ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial como en la técnica propia de este recurso extraordinario.

3. "Una falla en la apreciación de la prueba", significa error de derecho del sentenciador en el examen y valoración de los referidos medios probatorios; pero tal especie de error no puede existir en casación sino mediante la cita de las disposiciones legales sobre la tarifa de pruebas, de cuya inobservancia surja la errónea apreciación de ellas, por negarles el valor que les concierne, o atribuírles el que no tienen en sí mismas, o por haber llegado irregularmente al proceso.

4. En casación no hay facultad para revaluar el juicio del sentenciador fundado en indicios, ya que lo concerniente a valoración de los hechos indicadores, a su conexión, precisión y fuerza para demostrar el hecho de que se trate, es materia del resorte autónomo del Tribunal, a menos que haya incurrido en errores de hecho en el examen de los medios producidos para demostrar el hecho cuyo conocimiento se investiga.

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

(Magistrado ponente: doctor José J. Gómez R.).

Juicio de Jaime Londoño Díaz contra Joaquín Velásquez Ocampo, Julián y Juan de Dios Velásquez.

Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, fechada el 25 de julio de 1961.

Recurrente: el demandado.

I

Antecedentes.

1. Jaime Londoño Díaz pide en demanda dirigida al Juez Primero Civil del Circuito de Armenia (Caldas), que se declare la simulación relativa del contrato de que da cuenta la escritura pública número 1554, pasada en la Notaría Segunda del Circuito de Armenia el 6 de agosto de 1946, contrato en el cual figura, como vendedora de varios bienes raíces, María Enriqueta Ocampo viuda de Velásquez, y como comprador José Joaquín Velásquez Ocampo.

Igualmente que se declare que "carece de valor y efectos legales", el contrato de permuta celebrado el 27 de abril de 1956, mediante instrumento público número 760, de la misma Notaría, entre José Joaquín Velásquez Ocampo, por una parte, y Julián y Juan de Dios Velásquez Arbeláez, por otra.

Y se condene a Julián Velásquez Arbeláez a restituír a la sucesión intestada e ilíquida de Enriqueta Ocampo de Londoño, libre de todo gravamen, los expresados bienes, con los frutos percibidos después de la fecha de la citada escritura número 1554 hasta cuando se haga la restitución.

En subsidio de la petición sobre restitución, pide que se condene a José Joaquín Velásquez Ocampo a pagar a la sucesión nombrada, representada por Jaime Londoño Díaz, "el valor comercial de las propiedades a que este litigio se refiere", más los intereses legales de aquel valor; y además, a la misma sucesión, a pagar al demandado José Joaquín Velásquez Ocampo la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00).

2. Estos, los hechos, en sustancia:

María Enriqueta Ocampo, viuda de José Joaquín Velásquez y madre legítima de José Joaquín Velásquez Ocampo, casó en segundas nupcias con Jaime Londoño Díaz el 7 de enero de 1946. Murió ella el 12 de febrero de 1953, sin dejar descendencia de este segundo enlace, de suerte que los únicos llamados a recibir la herencia son el nombrado José Joaquín Velásquez Ocampo y el consorte supérstite, con derecho a porción conyugal.

El 6 de agosto de 1946, por medio de instrumento público número 1554, pasado en la Notaría Segunda del Circuito de Armenia, María Enriqueta Ocampo de Londoño dijo vender a su hijo José Joaquín Velásquez Ocampo cuatro inmuebles determinados tal como lo expresa el hecho séptimo de la demanda.

La escritura citada habla de un precio de setenta mil pesos ($ 70.000.00), pero no existió precio alguno, por lo cual el acto es simulado, y encubre una donación entre vivos válida sólo hasta concurrencia de dos mil pesos ($ 2.000.00), por falta de la insinuación de rigor.

El ficticio comprador, para hurtar el cuerpo a las resultas del juicio de simulación, dijo transferir a título de permuta, los mismos bienes, a su hermano paterno, Julián Velásquez Arbeláez, quien se hallaba al corriente del vicio de simulación de que adolecía la venta. Tal contrato consta en escritura número 760, de 27 de abril de 1956, de la Notaría mencionada.

Por los inmuebles entregados a título de permuta por José Joaquín Velásquez Ocampo, éste recibió de Julián Valásquez Arbeláez muebles e inmuebles por valor de sesenta mil pesos ($ 60.000.00) y un crédito de trescientos veinte mil pesos ($ 320.000.00) a cargo del mismo Julián y de Juan de Dios Velásquez Arbeláez.

Joaquín Velásquez Ocampo ha seguido interviniendo directa e indirectamente en el manejo y administración de los bienes en referencia.

3. Trabado el pleito por la oposición de la parte demandada, en primera instancia lo desató la sentencia absolutoria de José Joaquín Velásquez Ocampo, que declaró, además, respecto de los otros demandados, probada la excepción de "ilegitimidad de la personería sustantiva". Apelado dicho fallo por el actor, el Tribunal del Distrito Judicial de Pereira revocó los ordinales primero, tercero y cuarto de su parte resolutiva, y confirmó el segundo, en la forma siguiente:

"*Primero.* Se declara que el contrato que celebraron los señores María Enriqueta Ocampo viuda de Velásquez, como tradente, de una parte, y José Joaquín Velásquez Ocampo de la otra, como adquirente, por medio de la escritura pública número 1554 de 6 de agosto de 1946, de la Notaría Segunda de Armenia, no es de compraventa que ostenta este título, sino de donación, prevaleciendo éste sobre aquél hasta la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00), y de allí en adelante, o sea en el exceso, se declara nulo el contrato descubierto de donación, por falta de insinuación.

"*Segundo.* Se condena a José Joaquín Velásquez Ocampo a pagar a la sucesión intestada e ilíquida de María Enriqueta Ocampo de Londoño, representada por su esposo, Jaime Londoño Díaz, con derecho a porción conyugal, el valor comercial de los inmuebles que por su situación y linderos se identificaron en el hecho 'séptimo' de la demanda, valor que se determinará por el

procedimiento previsto en el artículo 553 del Código Judicial, y con base en el valor que tenían los inmuebles el 11 de febrero de 1953, fecha de la muerte de la causante María Enriqueta Ocampo de Londoño.

"*Tercero.* Se condena a la sucesión intestada e ilíquida de María Enriqueta Ocampo de Londoño, representada por su esposo, Jaime Londoño Díaz, con derecho a porción conyugal, a pagar al demandado José Joaquín Velásquez Ocampo, dentro del término de seis (6) días, a partir de la fecha en que quede en firme esta sentencia, la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00), con sus intereses legales a partir del 6 de agosto de 1946 hasta cuando el pago se verifique.

"*Cuarto.* Se absuelve a los demandados Julián y Juan de Dios Velásquez Arbeláez de todas las peticiones formuladas en la demanda, o sean las señaladas en las letras c), d), e) y f).

"*Quinto.* Sin costas para ninguna de las partes en las dos instancias.

"*Sexto.* Cancélese la inscripción de la demanda".

4. De esta sentencia recurrieron en casación ambas partes, pero la actora no formuló demanda ante la Corte dentro del término legal, por cuyo motivo se declaró desierto el recurso respecto de la misma. El demandado formuló la suya, a la cual no replicó el demandante opositor.

II

La sentencia acusada.

5. Después de detenidas y bien fundadas consideraciones sobre el tema de la simulación, el Tribunal sentenciador acepta, por una parte —previo el análisis de la prueba indiciaria— la simulación relativa, por encubrir la venta contenida en la escritura pública número 1554 de 6 de agosto de 1946, una donación entre vivos, y por otra, la inoponibilidad del contrato aparente, a los demandados Julián y Juan de Dios Velásquez Arbeláez, por no habérseles probado que al celebrar la permuta de que da cuenta la escritura número 760 de abril 27 de 1956, hubiesen tenido conocimiento de la apariencia del referido contrato de venta.

III

La acusación de la sentencia.

Primer cargo.

6. Se acusa el fallo por "infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea" del artículo 1934 del Código Civil.

Se formula este cargo, en síntesis, así:

"Es tan claro el contenido de la citada disposición, que los comentarios sobran.

"La estabilidad de las relaciones comerciales hizo necesaria la disposición comentada. No podía someterse el Derecho de Dominio a los vaivenes y sorpresas, de las personas que hubieran tenido titularidad anterior. En efecto, de no existir la disposición, bien podría atacarse con fundamento una situación jurídica clara, con las afirmaciones de que los precios de las compraventas anteriores no se habían solucionado, o se habían solucionado en parte. El fraude podría constituír un deslumbrante negocio, para atacar convenciones que se suponían serias y ya ejecutadas.

"Un sistema distinto colocaría a los adquirentes de bienes en imposibilidad de conocer con certeza la exacta naturaleza de su derecho. Nadie puede transferir lo que no tiene, y la condición resolutoria quedaría como una espada, para fulminar en cualquier momento un interés que debiera merecer todo respeto. Para esto se estableció la disposición comentada.

"El artículo 1934 no da margen a interpretación, ni a soluciones acomodaticias. La forma en que está redactada la disposición hace imposible toda elucubración. 'No se admitirá prueba en contrario', dice el artículo citado, cuando en la escritura se afirma que se pagó un precio.

"Vistas así las cosas, el debate carece de sentido, ya que en la escritura, cuya simulación se pretende, se dice en forma inequívoca que el precio se pagó y que se pagó en dinero efectivo. No se puede admitir prueba en contrario, así sea la confesión de las partes, o la prueba escrita".

Se considera:

7. Ha sido constante doctrina de la Corte la de que la disposición del artículo 1934 del Código Civil toca únicamente con intereses de terceros: antes del cambio sufrido en la jurisprudencia nacional en punto a simulación, a fin de que la cláusula de haberse pagado el precio no pudiese ser destruída, frente a terceros, sino por causas de "nulidad o falsificación"; después además, por motivos de simulación de pago del precio, pero siempre que los terceros hubiesen estado al corriente de la estipulación oculta de no haber sido cubierto.

Mas la expresada disposición legal jamás se ha interpretado en el sentido de que la referida cláusula no admite, entre las partes, prueba en contrario.

Pueden verse, entre otras, estas casaciones: febrero 17 de 1898 (XIII, 658, 270), octubre 26 de 1916 (XXV, 1322 y 1323, 525), septiembre 22 de 1924 (XXXI, 1611, 152), junio 22 de 1931 (XXXIX, 1880, 139), septiembre 8 de 1938 (XLVII, 1940, 117), octubre 11 de 1945 (LIX, 2025 a 2027, 718), noviembre 9 de 1946 (LXIII, 2055 y 2056, 359), septiembre 11 de 1953 (LXXVI, 2134, 306) y octubre 20 de 1955 (LXXXI, 2159, 450).

Los motivos o conceptos expuestos en la demanda de casación contra tan reiterada jurisprudencia no alcanzan a fundar cambio alguno en ella.

Segundo cargo.

8. Se acusa la sentencia por "infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea" de los artículos 1766 y 1759 del Código Civil, debido a "una falla en la *apreciación de la prueba*" de confesión e indiciaria sobre las cuales reposa la conclusión del Tribunal, de ser ficticia relativamente la venta de que se trata.

Se considera:

9. En primer lugar, la causal primera de casación no puede operar a la vez por violación directa, interpretación errónea e indebida aplicación, según repetida doctrina de la Corte, con apoyo tanto en los términos del ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial como en la técnica propia de este recurso extraordinario.

En segundo lugar, "una falla en la apreciación de la prueba" significa error de derecho del sentenciador en el examen y valoración de los referidos medios probatorios; pero tal especie de error no puede existir en casación sino mediante la cita de las disposiciones legales sobre la tarifa de pruebas, de cuya inobservancia surja le errónea apreciación de ellas, por negarles el valor que les concierne, o atribuírles el que no tienen en sí mismas, o por haber llegado irregularmente al proceso.

Por lo cual no es procedente este cargo.

Tercer cargo.

10. Consiste en la violación de los artículos 1766 del Código Civil y 91 de la Ley 153 de 1887, "por apreciación errónea de la prueba e interpretación errada" de aquellos preceptos.

Dice:

"El Tribunal de Pereira afirma que el contrato es de donación y no de compraventa, pero se olvida que para desvirtuar el contenido de la escritura pública, contrato oneroso, es necesario el principio de prueba por escrito, la confesión o la prueba literal. No se puede, por simples indicios, llegar a la conclusión contraria a la que establece una escritura pública, porque eso atentaría contra elementales principios de derecho. Necio sería afirmar que porque José Joaquín Velásquez Ocampo no tenía dinero, al momento del contrato, éste era de donación. Ya quedó explicado que una persona puede adquirir bienes sin tener, en el momento del contrato, el dinero para su pago. No debe olvidarse que don Jaime Londoño Díaz dentro del proceso actúa como continuador de la persona jurídica del causante, y no como tercero.

"En la demanda se dice que como consecuencia de las declaratorias anteriores, el señor Julián Velásquez Arbeláez está obligado a restituír a la sucesión intestada e ilíquida de la señora María Enriqueta Ocampo de Londoño, *representada por su esposo, Jaime Londoño Díaz.* Como puede verse, en forma muy clara actúa el demandante, como si fuera parte en el contrato de compraventa, y siendo parte, para desvirtuar la escritura, debe presentar la prueba directa de la simulación, y esa prueba tendrá que ser directa.

"Siendo parte del contrato don Jaime Londoño Díaz tiene la obligación probatoria de acreditar la existencia de la donación, lo que sólo puede hacer con la prueba del móvil determinante, o lo que es lo mismo, del *animus donandi.* No olvide ese alto Tribunal que la causa de las obligaciones se presume, y que para demostrar que la causa es una liberalidad, se necesita la demostración del *animus donandi*".

Concluye este cargo afirmando, por una parte, que el actor no obra en defensa de su propio interés sino como representante de la sucesión de su consorte, y que le obliga, por tanto, probar la simulación por medio de una contraescritura, la confesión, o un principio de prueba por escrito, como base; que el acto gratuito no ha sido probado porque no puede acreditarse la simulación relativa en este caso por medio de indicios, y éstos, por lo demás, no son idóneos a tal fin.

Se considera:

11. Jaime Londoño Díaz demanda en su propio y exclusivo interés como aparece del libelo

inicial (hecho 7º): "Con la notoria finalidad de burlar los intereses del cónyuge... como asignatario forzoso con derecho a porción conyugal, en caso de sobrevivir a su esposa... esta señora por medio de la escritura dijo vender a su hijo legítimo José Joaquín Velásquez Ocampo...". Es, pues, por haber afectado el interés del cónyugé supérstite, vinculado a la porción conyugal, equivalente en este caso a la legítima rigurosa del hijo único legítimo de María Enriqueta Ocampo, o sea la cuarta parte de la herencia, por lo que Londoño Díaz instauró el presente juicio.

Otra cosa es que demande para la mortuoria de la cónyuge fallecida, pues se trata de bienes que, declarada la simulación, deben ingresar a la masa hereditaria ilíquida, no al patrimonio del demantante, porque él, por el momento, no tiene sino derecho de copartícipe en esa masa, no dominio sobre bien alguno en concreto.

12. Por tanto, podía comprobar la simulación por cualesquiera medios probatorios, incluso indicios, y si en la estimación de éstos se fundó el sentenciador para declararla, en casación no hay facultad para revaluar su juicio al respecto, ya que lo concerniente a valoración de los hechos indicadores, a su conexión, precisión y fuerza para demostrar el hecho de que se trate, es materia del resorte autónomo del Tribunal, a menos que haya incurrido en errores de hecho en el examen de los medios producidos para demostrar el hecho cuyo conocimiento se investiga. Lo que en este caso no sucede.

No es procedente, por tanto, la casación impetrada.

DECISION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha veinticinco (25) de julio de mil novecientos sesenta y uno (1961), dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en el juicio ordinario seguido por Jaime Londoño Díaz contra Joaquín Velásquez Ocampo y otros.

Sin costas en casación por no haberse causado.

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

Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

PRESCRIPCION ADQUISITIVA DEL DOMINIO

Interpretación de los artículo 2358 y 2356 del Código Civil. — Como lo ha reiterado la jurisprudencia, la posesión inscrita no existe en la legislación colombiana. — Registro de la partición de bienes de una sucesión y de la sentencia que la aprueba. — Acto celebrado a nombre de otro. — Naturaleza jurídica.

1. En cuestión de prescripción adquisitiva del dominio y demás derechos reales en general, deben tenerse presente las dos funciones del fenómeno: la propiamente adquisitiva y la propiamente extintiva. Por la primera, el poseedor adquiere el derecho real ajeno; por la segunda, este derecho se extingue para el dueño. Lógicamente se cumple aquélla primero, porque sólo por adquirir el poseedor, pierde su derecho el propietario, junto con la acción reivindicatoria que conservó hasta el último momento, de forma que la expiración de la acción no es sino consecuencia de haber fenecido su propiedad. Se trata de un modo de adquirir los derechos reales, de manera que esta función imprime al expresado fenómeno su peculiar fisonomía de forma adquisitiva, y si para el titular de la propiedad desaparece su acción de dominio, se repite, es porque el derecho real ha dejado de pertenecerle por haber ingresado a otro patrimonio. Es lo que enseña el artículo 2538 del Código Civil.

De lo cual se sigue, en primer lugar, que la función extintiva del fenómeno —tocante a la acción— se conforma a la función adquisitiva, obrando dentro del mismo lapso en que ésta se cumple; de suerte que si la adquisitiva tiene lugar en la forma ordinaria de diez años, la extintiva se realizará en el mismo tiempo, con el doble efecto de la extinción del dominio y de la acción reivindicatoria que lo protege; y si, en la extraordinaria de veinte años, en este mismo lapso se verificará la extintiva con las mismas consecuencias.

Y en segundo lugar, el artículo 2536 del Código Civil, que el fallo cita para sujetar a él la duración de la acción reivindicatoria en el caso de la usucapión ordinaria, es extraño al fenómeno de la prescripción adquisitiva de los derechos reales. Dicho precepto atañe a la prescripción de los derechos personales o de crédito y de sus acciones, respecto de los cuales no se destaca sino una función extintiva de los expresados derechos y de las acciones llamadas a hacerlos efectivos frente al Estado, de las cuales una es ejecutiva y otra ordinaria, según las condiciones del título de su existencia legal, sometiendo la prescripción de la primera a un término de diez años y la segunda a uno de veinte, con la peculiaridad de que extinguida aquélla, subsiste ésta hasta completar los veinte años.

Nada de esto ocurre en la usucapión, porque la ordinaria exige diez años, cumplidos los cuales el poseedor adquiere el derecho y el propietario lo pierde junto con la acción que lo tutela, sin que subsista a favor del mismo acción alguna. Pero si la usucapión ordinaria es improcedente —porque falte alguno de los elementos de la posesión regular— no es que sobreviva una acción a favor del dueño, que la sentencia llama ordinaria, sino que, simplemente, no ha perdido su derecho porque la dicha usucapión ordinaria no llegó a consumarse.

Por tanto la involucración de una acción de veinte años, en favor del dueño, aun cuando pueda haberse consumado la usucapión ordinaria, es claro error de aplicación del precitado texto, ajeno, por lo que queda dicho, al fenómeno de la prescripción adquisitiva.

2. Los fallos de instancia, así como la demanda del recurso, hablan de posesión inscrita con

motivo de un certificado del Registrador sobre esta figura en relación con los títulos.

La dicha expresión no puede tomarse como referencia a una especie de posesión contraria al estatuto posesorio consagrado en nuestra legislación civil (V. Cas. de abril 27 de 1955, LXXX, 2533, 81 y XCI, 2221 y 2222, 29, e igualmente junio 10 de 1960, LXXXI, 2557 y 2558, 77), sino como supervivencia de antiguo léxico y sin excluír los verdaderos objetivos de las inscripciones en el Registro Público de las escrituras sobre el movimiento de la propiedad raíz, a saber: transferir los derechos reales inmuebles, publicar las mutaciones que éstos sufran y probar la situación actual de los mismos derechos.

3. Mientras estuvo vigente el inciso 3º del artículo 38 de la Ley 57 de 1887 —derogado por el Decreto-ley número 154 de 1957, hoy adoptado como Ley por la 141 de 1961—, el Libro de Registro de Causas Mortuorias, tanto de las sentencias aprobatorias de particiones en los juicios de sucesión, como de las hijuelas de adjudicación, era el llamado a cumplir los fines del Registro señalados en los artículos 2637, ordinales 2º y 3º, 2673 y 2674 del Código Civil, objetivos entre los cuales se destaca el de dar publicidad a los actos jurídicos sobre inmuebles. La inscripción en el expresado Libro de las referidas piezas —antes de la expresada derogación— llenaba plenamente los fines en referencia, como lo dijo la Corte en casaciones de abril 30 de 1954 (LXXVII, 2140, 439) y abril 26 de 1955 (LXXX, 2153, 47). La Corte reafirma esta doctrina, de acuerdo con la cual bastaba —antes de la derogatoria— la inscripción de los expresados documentos en el Libro de Causas Mortuorias.

Al suprimir el citado Decreto-ley número 154 de 26 de julio de 1957, los duplicados de los libros números 1º y 2º y el de Causas Mortuorias, y disponer que los actos, títulos y documentos que actualmente se registran en dichos libros "continuarán inscribiéndose en los libros primero y segundo, de acuerdo con las reglas generales", las inscripciones en referencia deben verificarse en el Libro número 1º, de acuerdo con lo que prescribe el artículo 2641, ordinal 1º, del Código Civil.

4. La casación de agosto 24 de 1938 (XLVII, 1940, 80) renovó nuestra jurisprudencia al respecto de la naturaleza jurídica del acto celebrado a nombre de otro, sin mandato, o extralimitando el conferido, jurisprudencia que ha recibido posteriormente reiterada confirmación.

Se comparan allí las nociones de nulidad, absoluta y relativa, y de inoponibilidad, y se exponen las razones que justifican el ingreso de esta última figura a la jurisprudencia nacional, para regir la posición de quien en aquellos casos no comparece frente al acto o contrato celebrado por otro en su nombre.

La Corte, primeramente, reafirma dicha doctrina. En segundo término considera que en el examen de las titulaciones aducidas en juicio reivindicatorio, el Juez puede desestimar, por inoponibles u otras causas, aquellos títulos que, a su juicio, no reúnen los requisitos legales, sin que sea indispensable pedir especial declaración, ni tampoco hacerla sobre tales extremos.

De lo contrario, la tarea de comparación valorativa se reduciría a las fechas de los instrumentos, y bien se comprende que este factor —importante, desde luego, y a veces decisivo cuando los títulos están a derecho— no puede subsanar vacíos o irregularidades, tales como la carencia de firma del Notario o del vendedor, o de determinación del bien objeto del contrato.

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

(Magistrado ponente: doctor José J. Gómez R.).

Juicio de Arsenia Piedrahíta viuda de Jaramillo contra Heliodoro Llano.

Sentencia del Tribunal del Distrito Judicial de Pereira, fechada el 11 de octubre de 1961.

Recurrente: el demandado.

I

Antecedentes.

1. Arsenia Piedrahíta de Jaramillo demandó ante el Juez Primero Civil del Circuito de Pereira a Heliodoro Llano, para que se declare que le pertenece el dominio de la finca urbana descrita como aparece de la primera petición formulada en su libelo, y una cuota proindiviso por valor de $ 248.50, en relación con un avalúo de $ 500.00, en el inmueble igualmente determinado allí; se condene al demandado a restituír tales bienes con los frutos, como poseedor de mala fe, y también a pagar las costas del juicio.

2. Los hechos configurativos de las acciones expresadas se sintetizan así:

En el juicio mortuorio de Julio Jaramillo, protocolizado mediante instrumento número 328 de 24 de febrero de 1929, de la Notaría Primera del Circuito de Pereira, le fueron adjudicados a la actora los bienes en referencia.

La demandante permaneció recluída en la Cárcel de Mujeres de Medellín, desde el 11 de abril de 1927 hasta el 2 de mayo de 1939, motivo por el cual no pudo ejercer actos de dominio sobre ninguno de los bienes de su pertenencia.

El demandado está de mala fe en posesión de los bienes "desde fecha que no ha sido posible establecer por el momento", y los ha dado en arrendamiento a distintas personas, y la viuda de Jaramillo no ha perdido la posesión inscrita ni la propiedad de los derechos en mención.

3. El demandado niega el derecho de la actora, por haber enajenado la viuda de Jaramillo "la parte del inmueble que le correspondió en la sucesión de su finado esposo", al señor Gregorio Giraldo García, según escritura número 1229 de 22 de diciembre de 1938, otorgada en la Notaría Segunda de Pereira; en cuanto al hecho de la posesión, afirma que "no le corresponde contestarlo", y alega la prescripción ordinaria y en subsidio la extraordinaria del dominio. Acompaña:

a) Un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Pereira, del cual aparece: que Heliodoro Llano —demandado— remató en el Juzgado Primero Civil del Circuito del mismo nombre, en el juicio de venta promovido por el mismo contra Gregorio Giraldo García, "una casa de habitación con su correspondiente solar, constante de diez varas de frente por veintitrés y media varas de centro, en el área urbana de esta ciudad, en la carrera 9ª, entre calles 9ª y 10, alinderada así: 'por el sur, que es su frente, con la carrera novena; por el oriente con propiedad de Jesús Valencia; por el norte con propiedad de Adán de J. García, y por el occidente con propiedad de Alfonso Agudelo' "; que Giraldo García adquirió dicho inmueble por compra que hizo de parte de él a Rosa Jaramillo de L. (escritura número 469, 17 de abril de 1936, Notaría 2ª de Pereira), y en parte, por haberla comprado a Arsenia Piedrahíta (escritura número 1229, 22 de diciembre de 1928, Notaría 2ª de Pereira), y que estos últimos adquirieron la finca en el juicio mortuorio de Julio Jaramillo, y

b) Copia del acta de remate de los bienes objeto de la reivindicación, efectuado el 2 de abril de 1940, en el juicio de venta que el demandado siguió contra los herederos de Gregorio Giraldo García.

4. La sentencia de primer grado absuelve a la parte demandada; la del segundo la revoca y ordena a dicho contendiente restituír a la actora los bienes y los frutos de éstos, comprendido el tiempo entre la notificación de la demanda y el día de la entrega de los primeros, y a pagar las costas de la primera instancia.

Recurre en casación la misma parte, quien ha formulado la correspondiente demanda, a la cual no dio respuesta la opositora.

II

La sentencia acusada.

5. Encuentra probados los elementos de la reivindicación.

En relación con la propiedad, considera que de las titulaciones aducidas por los litigantes, prevalece la de la actora, porque, en cuanto a la del demandado, el instrumento número 1229 de 22 de diciembre de 1928, da cuenta de la venta que hizo Félix Cardona García, a nombre de Arsenia Piedrahíta de Jaramillo, a Gregorio Giraldo García, pero el poder en ejercicio del cual obrara no fue hallado en la Notaría Segunda de Pereira, en inspección ocular verificada allí, y no presumiéndose la existencia del mandato, "el acto realizado por el señor Félix Cardona García no puede vincular a la actora"; aparte de que habiéndose presentado aquél como apoderado general, y el mandato de esta especie no faculta para enajenar inmuebles, el acto no sería oponible a la otorgante, aun cuando se hubiese conferido realmente el poder.

Con respecto a la prescripción adquisitiva del dominio, niega que el demandado la hubiese establecido, pues no demostró la posesión durante el tiempo necesario; y en lo que respecta particularmente a la ordinaria, porque no basta comprar para poseer, y no está acreditada la posesión del demandado, y además "no habrían transcurrido —agrega— los veinte años de la prescripción de la acción ordinaria (artículo 2536, C. C.)", ya que "el remate se verificó en la fecha indicada, fue aprobado el 12 del mismo mes y registrado el 3 de mayo siguiente. La demanda fue notificada al demandado el 20 de octubre de 1959, cuando aún no habían transcurrido 20 años de haberse verificado el remate. Todo lo anterior indica que la excepción de prescripción extintiva que propuso el demandado no está probada".

III

La acusación de la sentencia.

6. Cuatro cargos integran la impugnación:

a) Error de derecho cometido al aceptar el registro de la partición de Julio Jaramillo y de la hijuela correspondiente a la demandante, en el Libro de Causas Mortuorias, con infracción directa de los artículos 2673 y 2641 del Código Civil, interpretación errónea del artículo 38 de la Ley 57 de 1887, falta de aplicación de los artículos 749, 799 y 765 del mismo Código, y aplicación indebida de los artículos 946, 950, 961, 965 y 966, ibídem.

b) Error de hecho, en relación con el certificado del Registrador del folio 5 del cuaderno 1º, y de derecho en el examen del que figura al folio 12, ibídem, con violación de los artículos 789 y 2681 del Código Civil, por no haberlos aplicado, y 947 y 950, ibídem, por indebida aplicación.

c) Dedica la acusación este tercer cargo a impugnar el concepto de la sentencia sobre inoponibilidad a la demandante, de la escritura número 1229, pasada en la Notaría Segunda de Pereira el 22 de diciembre de 1928, concepto que considera violatorio de los artículos 789, 1740, 1743, 1750, 1758, 1759, 185, 1760, 2536, 2681 del Código Civil; 1º y 2º de la Ley 50 de 1936 y 343 y 630 del Código Judicial, por una parte, y por otra los artículos 946, 950, 961, 965 y 966 del citado Código.

d) En el cuarto cargo se impugna la sentencia con motivo de no haber declarado la excepción de prescripción ordinaria alegada por el demandado, a causa de indebida aplicación del artículo 2536 del Código Civil, y por error de hecho consistente en haber omitido algunas pruebas sobre el comienzo de la etapa posesoria del prescribiente, quien tiene así a su favor la posesión en el tiempo requerido por la usucapión ordinaria, con violación de distintas disposiciones del Código Civil, por errónea interpretación, unas, indebida aplicación otras, y violación directa las demás, como luego se verá.

Como por el último de los cargos es procedente la casación del fallo recurrido, a él se refiere la Corte.

Cargo cuarto.

7. Estima el recurrente bien denegada la declaración de usucapión extraordinaria, por no haber poseído el fundo el demandado por el lapso legal. Mas no así en relación con la ordinaria.

La sentencia, con respecto a la extraordinaria, dice que no está probado que Gregorio Giraldo García —que compró a Arsenia Piedrahíta viuda de Jaramillo en 22 de octubre de 1928— hubiese poseído el inmueble, por lo cual Heliodoro Llano, al rematar el 2 de abril de 1940, nada pudo recibir de Giraldo García en materia posesoria, que hubiese podido unir a su propia posesión, a fin de completar el tiempo exigido por la ley. Por otra, agrega, no habiéndose probado que Llano poseyera, ¿cómo podría hablarse de extinción de la acción reivindicatoria de la dueña, si no tendría en tal caso contra quién dirigirla?

Y en relación con la ordinaria, la denegación estriba en no haber transcurrido el tiempo de veinte años, necesario para la extinción de la acción *ordinaria,* con aplicación del artículo 2536 del Código Civil. Y además, en la falta de prueba de la posesión.

8. El recurso desarrolla el cargo de esta suerte:

"La sentencia estudia separadamente las excepciones de prescripción extintiva y adquisitiva, como si en materia de dominio la extinción del derecho por este medio no derivara exclusivamente de la adquisición lograda por el demandado a través de su posesión acompañada de las exigencias legales. El Tribunal da señales de entender este principio elemental que nuestro ordenamiento consagra en el artículo 2538, Código Civil, para luego caer en plena confusión, al sostener que no funciona la prescripción extintiva porque, admitiendo que el demandado entró a poseer luego que remató los bienes, entre esa fecha y la notificación de la demanda no transcurrieron 20 años, tiempo fijado para la prescripción de la acción ordinaria (art. 2536, C. C.) —la cita es de la entidad falladora—, y agrega de inmediato que la prescripción adquisitiva de dominio no se probó, ya que no se demostró la posesión material.

"Observo entonces que la decisión puede tener aquí varios sustentos que impugnaré uno a uno para mayor plenitud en el ataque: si el Tribunal como todo lo indica, separa aquí los fenómenos de la prescripción extintiva y adquisitiva, su decisión yerra por defecto de hermenéutica en el tratamiento de los artículos 2518, 2527, 2528, 2531, 2535, 2536 y 2538 del Código Civil. Al efecto está de sobra la aclaración de que si cronológicamente coinciden en materia de dominio la extinción del derecho con la adquisición en materia de prescripción, el *prius* lógico es allí la adquisición, pues por la inactividad no se

pierden sino los derechos que necesitan ser ejecutados, ante todo los créditos, en tanto que la propiedad no se extingue por prescripción extintiva, sino porque otro sujeto haya adquirido sobre el mismo bien un derecho incompatible con el del titular anterior que resulta sustituído.

"Sostener que admitiendo que el demandado hubiera entrado a poseer los bienes reivindicados tan pronto como los remató, no se habría consumado en favor suyo la prescripción por falta de tiempo, ya que la prescripción de la acción ordinaria se consuma en 20 años, constituye una confirmación fehaciente del error puesto de relieve, a la vez que notorio descuido del caso, pues se dejó de estudiar la excepción de prescripción adquisitiva ordinaria que requiere sólo diez años (y de 1940 a 1959 corrieron muchos más).

"De esta suerte se impone el planteamiento de un dilema: o el Tribunal consideró que no se había probado que Llano entró a poseer en seguida del remate, y aceptó la hipótesis contraria apenas "en gracia de discusión", o, en cambio, admitió que el reo es poseedor desde entonces y dejó de extraer las consecuencias que ese hecho trae consigo.

"Si lo primero, esto es, si se niega la demostración del fenómeno posesorio a raíz del remate, como parece indicarlo el sector de la motivación ubicado al finalizar el folio 46 v., habría de por medio un error de hecho en la apreciación de la prueba: el Tribunal no vio que la sentencia aprobatoria del remate (fls. 16 y 17 del cuaderno principal) dice en su aparte e) 'cítese al secuestre y notifíquesele personalmente que debe hacer entrega del inmueble al señor Heliodoro Llano dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de esta providencia'. Hubo secuestro en el juicio de venta. Los bienes pasaron en tenencia al tercero diputado por el Juez, quien los tiene por cuenta del propietario. En este caso, adelantándose el proceso contra los herederos de Gregorio García, el secuestre con su tenencia está acreditando la posesión de éstos. Y si hoy aparece en posesión el señor Llano, se palpa la unión entre los dos hitos del proceso posesorio, sin que aparezca solución de continuidad.

"Se destaca el error de hecho al verificar que el Tribunal se atiene exclusivamente a la circunstancia de que los testigos citados por el demandado no fueron escuchados. De ahí que sostenga la sentencia que en materia de posesión sólo se cuenta con la situación actual.

"La sentencia aprobatoria del remate fue tenida en cuenta como título de adquisición. Su aparte e) fue ignorado del todo (actitud distinta de la del Juzgado, que se atuvo a ella, y que hace más inexplicable el olvido del *ad quem*). Con la orden del Juzgado impartida al secuestre para la entrega inmediata de los bienes al adjudicatario, se tiene un indicio necesario de la existencia de un secuestro. Y la demostración del aserto sobra. Con esto van violados ya los artículos 1758, 1759 del Código Civil y el artículo 663 del Código de Procedimiento Civil. Si hubo secuestro, como no puede menos de admitirse al tenor de la citada providencia, y no se le reconoció, se dejaron de atender y aplicar los artículos 2236, 2253, 2273, 2279, y ante todo el artículo 786 del Código Civil en cuanto, en su orden, definen lo que es depósito, lo que es secuestro, califican la posición de depositario y secuestre como tenedores por cuenta del propietario y, el último, expresa la conservación de la posesión aun cuando la cosa haya sido entregada en depósito.

"Con el secuestro en mención se acreditó que Gregorio García (sus herederos) estaba poseyendo para abril de 1940, cuando se produjo el remate; luego sí hay un punto de partida para la cuenta de la prescripción adquisitiva del dominio por el señor Llano, sucesor de García. Si hubo posesión del ejecutado por medio del secuestre, es un hecho incuestionable que al producirse el remate y ser aprobada la adjudicación, el secuestre ya no poseyó por cuenta del primitivo propietario, sino que pasó a ejercer la tenencia a nombre del nuevo dueño (Llano) (C. C. 2273, 786), y por lo mismo hay también aquí un punto de partida cierto para el cómputo del lapso de posesión: aprobado el remate el día 12 de abril de 1940, realizada su inscripción el 3 de mayo siguiente, habiendo, como no puede dudarse, un secuestro vigente, entonces está demostrada la posesión de Llano para esa fecha. Y si en la actualidad (para la notificación de la demanda) el mismo señor Llano se encuentra poseyendo, se comprueban los extremos inicial y final de la posesión, entre los cuales han transcurrido 19 años y 5 meses.

"¿Qué significado tienen estos hechos? La prescripción adquisitiva ordinaria está que salta y su desconocimiento se explica apenas por el error de hecho indicado, que trajo consigo el quebranto, por defecto de aplicación de los artículos 2512, 2518, 2528, 2529 y 2538 del Código Civil, y de los artículos 946, 950, 961, 965 y 968 de la misma obra, por aplicación indebida.

"El título de Heliodoro Llano, venta forzada hecha por el Juez a nombre del propietario ex-

propiado (741, C. C.), es un título justo. La transferencia se basó en una compraventa válida y totalmente formal, que generó el deber de tradición que se cumplió por orden judicial. (C. C. 745, 753, 764). Hay, pues, una posesión regular no interrumpida, ejercida por Heliodoro Llano desde abril 12 de 1940 hasta octubre 20 de 1959, que conforma una prescripción alegada desde la propia contestación de la demanda, y que solicito sea declarada al producirse el rompimiento de la sentencia recurrida.

"Y si, dentro de la segunda alternativa, el Tribunal aceptó la prueba de la posesión de Llano a partir del remate ('admitiendo...', etc.), su negativa a pronunciar sentencia absolutoria por prescripción adquisitiva del demandado es todavía más injustificable y violatoria de la ley: el caso se enfocaría, y así lo hago, en términos de violación directa de los citados artículos atinentes a prescripción: 2512, 2518, 2528, 2529, 2538, que siendo de recibo no fueron aplicados, y de aplicación indebida de los preceptos sobre reivindicación: 946, 950, 961, 965, 966 del Código Civil. Realizado todo, en esta hipótesis, sin que hubiera yerro probatorio, ya que aquí parto del supuesto de que el Tribunal sí reconoció la posesión de Llano desde 1940, pero no supo qué hacer con ella".

Se considera:

9. Heliodoro Llano remató en el Juzgado Civil del Circuito de Pereira el 2 de abril de 1940, en juicio de venta seguido por él a los herederos de Gregorio Giraldo García, un inmueble integrado tal como lo expresa el acta de remate, y cuya identidad con lo demandado aparece de las diligencias de inspección ocular y del hecho de haber alegado el demandado la excepción de prescripción adquisitiva.

10. Ante todo, una confusión se observa en la sentencia —que es necesario despejar— entre prescripción adquisitiva y prescripción extintiva de la acción, al punto de decir que "por otra parte, admitiendo que el demandado entró a poseer los bienes luego que los remató, ello no afecta el título de la demandante, porque para la fecha en que el presente juicio se trabó no habían transcurrido los veinte años que exige la ley para la prescripción de la acción ordinaria (art. 2536)". En efecto:

a) En cuestión de prescripción adquisitiva del dominio y demás derechos reales en general, deben tenerse presentes las dos funciones del fenómeno: la propiamente *adquisitiva* y la propiamente *extintiva*. Por la primera, el poseedor adquiere el derecho real ajeno; por la segunda, este derecho se extingue para el dueño. Lógicamente se cumple aquélla primero, porque sólo por adquirir el poseedor, pierde su derecho el propietario, junto con la acción reivindicatoria que conservó hasta el último momento, de forma que la expiración de la acción no es sino consecuencia de haber fenecido su propiedad. Se trata de un modo de adquirir los derechos reales, de manera que esta función imprime al expresado fenómeno su peculiar fisonomía de forma adquisitiva, y si para el titular de la propiedad desaparece su acción de dominio, se repite, es porque el derecho real ha dejado de pertenecerle por haber ingresado a otro patrimonio. Es lo que enseña el artículo 2538 del Código Civil.

b) De lo cual se sigue, en primer lugar, que la función extintiva del fenómeno —tocante a la acción— se conforma a la función adquisitiva, obrando dentro del mismo lapso en que ésta se cumple; de suerte que si la adquisitiva tiene lugar en la forma ordinaria de diez años, la extintiva se realizará en el mismo tiempo, con el doble efecto de la extinción del dominio y de la acción reivindicatoria que lo protege; y si, en la extraordinaria de veinte años, en este mismo lapso se verificará la extintiva con las mismas consecuencias.

Y en segundo lugar, el artículo 2536 del Código Civil, que el fallo cita para sujetar a él la duración de la acción reivindicatoria en el caso de la usucapión ordinaria, es extraño al fenómeno de la prescripción adquisitiva de los derechos reales. Dicho precepto atañe a la prescripción de los derechos personales o de crédito y de sus acciones, respecto de los cuales no se destaca sino una función extintiva de los expresados derechos y de las acciones llamadas a hacerlos efectivos frente al Estado, de las cuales una es *ejecutiva* y otra *ordinaria*, según las condiciones del título de su existencia legal, sometiendo la prescripción de la primera a un término de diez años y la segunda a uno de veinte, con la peculiaridad de que extinguida aquélla, subsiste ésta hasta completar los veinte años.

c) Nada de esto ocurre en la usucapión, porque la ordinaria exige diez años, cumplidos los cuales el poseedor adquiere el derecho y el propietario lo pierde junto con la acción que lo tutela, sin que subsista a favor del mismo acción alguna. Pero si la usucapión ordinaria es improcedente —porque falte alguno de los elementos de la posesión regular— no es que sobreviva una acción a favor del *dueño*, que la sentencia

llama *ordinaria,* sino que, simplemente, no ha perdido su derecho porque la dicha usucapión ordinaria no llegó a consumarse.

11. Por tanto, la involucración de una acción de veinte años, en favor del *dueño,* aun cuando pueda haberse consumado la usucapión ordinaria, es claro error de aplicación del precitado texto, ajeno por lo que queda dicho, al fenómeno de la prescripción adquisitiva y circunscribe el problema a saber si en este negocio se cumplió o no la citada prescripción ordinaria adquisitiva alegada por el demandado.

12. El recurrente alega, además, error de hecho por no haber estimado el fallo recurrido la sentencia aprobatoria del remate que del bien hizo Heliodoro Llano, en cuanto en ella ordenó el Juez al secuestre entregarlo al rematante; lo cual hace suponer necesariamente, según el recurso: a) Que hubo secuestro; b) Que el inmueble permaneció secuestrado hasta cuando fue restituído a quien lo adquirió en la licitación pública; c) Que entre tanto el poseedor de él fue el demandado en dicho juicio —Gregorio Giraldo García, o sus herederos—, pues el secuestre es mero tenedor de la cosa; d) Que mientras el secuestre hizo entrega del fundo al nuevo propietario, lo tuvo ya a nombre de éste y no del dueño anterior, y e) Que la orden del Juez para que el secuestre entregase el inmueble al rematante hace suponer esa entrega, la cual junto con la posesión que el mismo tuvo antes de la restitución, a través del secuestre, constituye el punto de partida posesorio que, conectado a la posesión exclusiva del demandado, afirmada por la actora, hace suponer el hecho de la posesión en el tiempo intermedio; y que por no haberlo reconocido así, la sentencia quebrantó "los artículos 2236, 2253, 2273, 2279, y ante todo el artículo 786 del Código Civil, en cuanto en su orden, definen lo que es depósito, lo que es secuestro, califican la posición de depositario y secuestre como tenedor por cuenta del propietario y, el último, expresa la conservación de la posesión aun cuando la cosa haya sido entregada en depósito".

13. Ciertamente, el sentenciador sufrió error de hecho al omitir, en el examen probatorio, la providencia que aprobó el remate, en cuanto contiene el mandamiento de entrega de los bienes por parte del secuestre al nuevo titular. Al haberla considerado, habría hallado la demostración del secuestro, durante el cual el secuestre tuvo el fundo a nombre del deudor hipotecario demandado o de sus sucesores, hasta cuando el dominio pasó a quien lo adquirió en la subasta judicial, momento desde el cual el secuestre tuvo la cosa a nombre del nuevo propietario, y como éste la posee a través del mero tenedor, según el artículo 786 del Código Civil, así recibió el rematante la posesión.

La actora acepta la posesión actual del demandado (hecho 11º de la demanda), pero dice ignorar cuándo se inició y por qué medios se inició (hechos 8º y 9º), agregando que el demandado ha venido celebrando con terceros contratos de arrendamiento "en forma continuada" (hecho 10º).

En resumen, la indebida aplicación del artículo 2536 al caso del pleito, y el error de hecho alegado y demostrado, con la violación de los preceptos legales sustantivos arriba referidos, conducen a la infirmación del fallo.

IV

Sentencia de instancia.

Probadas la iniciación de la posesión y el hecho de la posesión actual, ha quedado ella establecida durante el tiempo intermedio y, por tanto, el necesario en derecho para la prescripción adquisitiva ordinaria, que el demandado alegó como excepción, la cual, por lo mismo, debe ser declarada, con la absolución consecuencial en relación con los cargos formulados.

14. Pero no sin antes aclarar algunos puntos doctrinarios importantes, en relación con la sentencia como con la demanda de casación.

A) Los fallos de instancia, así como la demanda del recurso, hablan de posesión *inscrita* con motivo de un certificado del Registrador sobre esta figura en relación con los títulos.

La dicha expresión no puede tomarse como referencia a una especie de posesión contraria al estatuto posesorio consagrado en nuestra legislación civil (V. Cas. de abril 27 de 1955, LXXX, 2533, 81 y XCI, 2221 y 2222, 29) y junio 10 de 1960 (LXXXI, 2557 y 2558, 77), sino como supervivencia de antiguo léxico y sin excluír los verdaderos objetivos de las inscripciones en el Registro Público de las escrituras sobre el movimiento de la propiedad raíz, a saber: transferir los derechos reales inmuebles, publicar las mutaciones que éstos sufran y probar la situación actual de los mismos derechos.

B) El recurrente tacha de ineficaz la inscripción de la sentencia aprobatoria de la partición efectuada en el juicio mortuorio de Julio Jara-

millo y de la hijuela de la actora, por haber sido registradas en el Libro de Causas Mortuorias y no en el Libro número 1º.

Mientras estuvo vigente el inciso tercero del artículo 38 de la Ley 57 de 1887 —derogado por el Decreto-ley número 154 de 1957, hoy adoptado como ley por la 141 de 1961—, el Libro de Registro de Causas Mortuorias, tanto de las sentencias aprobatorias de particiones en los juicios de sucesión, como de las hijuelas de adjudicación, era el llamado a cumplir los fines del Registro señalados en los artículos 2637, ordinales 2º y 3º, 2673 y 2674 del Código Civil, objetivos entre los cuales se destaca el de dar publicidad a los actos jurídicos sobre inmuebles. La inscripción en el expresado Libro de las referidas piezas —antes de la expresada derogación— llenaba plenamente los fines en referencia, como lo dijo la Corte en casaciones de abril 30 de 1954 (LXXVII, 2140, 439) y abril 26 de 1955 (LXXX, 2153, 47). La Corte reafirma esta doctrina, de acuerdo con la cual bastaba —antes de la derogatoria— la inscripción de los expresados documentos en el Libro de Causas Mortuorias.

Al suprimir el citado Decreto-ley número 154 de 26 de julio de 1957, los duplicados de los Libros números 1º y 2º, y el de Causas Mortuorias, y disponer que los actos, títulos y documentos que actualmente se registran en dichos Libros, "continuarán inscribiéndose en los Libros primero y segundo, de acuerdo con las reglas generales", las inscripciones en referencia deben verificarse en el Libro número 1º, de acuerdo con lo que prescribe el artículo 2641, ordinal 1º, del Código Civil.

C) El recurrente impugna en el cargo tercero el concepto del Tribunal, según el cual el contrato contenido en la escritura número 1229 de 22 de diciembre de 1928, de la Notaría Segunda de Pereira, no es *oponible* a la actora, pues se trata de una nulidad: si *relativa*, por haberla declarado sin demanda de la parte lesionada, con violación de los artículos 1750 y 1743 del Código Civil; si *absoluta* y declarada de oficio, con quebranto de los artículos 1740 y 2536, ibídem, 1º y 2º de la Ley 50 de 1936, porque para ello se requieren circunstancias excepcionales que en el caso no concurren.

La casación de agosto 24 de 1938 (XLVII, 1940, 80) renovó nuestra jurisprudencia al respecto de la naturaleza jurídica del acto celebrado a nombre de otro, sin mandato, o extralimitando el conferido, jurisprudencia que ha recibido posteriormente reiterada confirmación.

Se comparan allí las nociones de nulidad, absoluta y relativa, y de *inoponibilidad*, y se exponen las razones que justifican el ingreso de esta última figura a la jurisprudencia nacional, para regir la posición de quien en aquellos casos no comparece, frente al acto o contrato celebrado por otro en su nombre.

La Corte, primeramente, reafirma dicha doctrina. En segundo término considera —de acuerdo con el Tribunal de instancia— que en el examen de las titulaciones aducidas en juicio reivindicatorio, el Juez puede desestimar, por inoponibles u otras causas, aquellos títulos que, a su juicio no reúnen los requisitos legales, sin que sea indispensable pedir especial declaración, ni tampoco hacerla sobre tales extremos.

De lo contrario, la tarea de comparación valorativa se reduciría a las fechas de los instrumentos, y bien se comprende que este factor —importante, desde luego, y a veces decisivo cuando los títulos están a derecho— no puede subsanar vacíos o irregularidades, tales como la carencia de firma del Notario o del vendedor, o de determinación del bien objeto del contrato.

DECISION:

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia de fecha once (11) de octubre de mil novecientos sesenta y uno (1961), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en el juicio seguido por Arsenia Piedrahíta viuda de Jaramillo contra Heliodoro Llano, y como Tribunal de instancia,

RESUELVE:

Primero. Refórmase la sentencia de primera instancia proferida en el presente juicio, en estos términos:

A) Declárase probada la excepción de prescripción adquisitiva ordinaria, cumplida en favor del señor Heliodoro Llano, del dominio de los bienes determinados en la petición primera de la demanda, a saber:

"Una casa y solar situada en la ciudad de Pereira, Barrio La Cumbre, alinderada así: por el sur, que es su frente, con la carrera Cutucumay, hoy carrera 9ª; por el oriente con la calle de Villavicencio, hoy calle número 9º; por el

norte con Adán de J. García, y por el occidente con propiedad del finado Julio Jaramillo'', y un derecho por valor de doscientos cuarenta y ocho pesos cincuenta centavos ($ 248.50) en el inmueble situado en La Cumbre, en la ciudad de Pereira, en relación con un avalúo total de quinientos pesos ($ 500.00), y alinderado así: ''por el frente con la carrera 9ª; por el oriente con propiedad de la sucesión de Julio Jaramillo; por el norte con propiedad de Adán de J. García, y por el occidente con propiedad de Alfonso Agudelo''.

B) Absuélvese, en consecuencia, al demandado de los cargos que le fueron formulados en la misma demanda por Arsenia Piedrahita viuda de Jaramillo.

Sin especial condena en costas en las instancias ni en la casación.

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

Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

CERTIFICADOS DEL REGISTRADOR

Los del artículo 2640, ordinal 4º del Código Civil sobre vigencia y suficiencia de un título, no se requieren para probar el dominio en los juicios reivindicatorios de inmuebles.

Constante ha sido la doctrina de la Corte respecto de que los certificados expedidos por los Registradores de Instrumentos Públicos y Privados, en cumplimiento del artículo 2640, ordinal 4º del Código Civil, sobre vigencia y suficiencia de un título, no son necesarios para acreditar el dominio en los juicios reivindicatorios de inmuebles, porque de conformidad con lo dispuesto en el artículo 635 del Código Judicial, tal medio sólo se requiere cuando la ley habla de suficiencia de títulos, circunstancia que no se requiere en dichos litigios, ya que la ley no habla nada al respecto, y porque basta en ellos la presentación del título o títulos en que conste su debida inscripción en el registro. Si la falta del certificado no afecta la prueba del dominio, la presentación de él tampoco lo acredita, ya que no es el medio apto a tal fin. En el particular, a lo sumo puede ser un medio corroborante de los registros de los títulos, o demostrativos de aquéllos, cuando por alguna circunstancia no consta la inscripción en el instrumento aducido. Sabido es, de otra parte, que los certificados de los Registradores acerca del punto o de los puntos de que haya constancia en el registro, tienen el valor de prueba supletoria cuando se han expedido en los términos prescritos por el artículo 2675 del Código Civil.

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

(Magistrado ponente: doctor Arturo C. Posada).

Pastor H. Flórez promovió juicio ordinario en el Juzgado Civil del Circuito de Duitama contra María de Jesús Santamaría, Faustino y Antonio Rincón, y Segundo Dallos, en vía de obtener:

I. La declaración de que el actor tiene "la propiedad exclusiva y plena" sobre el lote de terreno ubicado en la vereda de El Cajón, hoy dentro del perímetro urbano del Municipio de Duitama, con frente a la calle 4ª, entre carreras 10ª y 11 de la nomenclatura actual, "cuyos linderos se determinaban así: 'por el norte, la calle pública y tierra de Manuel Alba, tapias de por medio; por el oriente con tierras de Hermógenes Pinto, tapias al medio, y sigue con de Claudia Monroy de Díaz; por el sur con de Claudia Monroy de Díaz, Hermógenes Pinto y Esteban Medina, y por el occidente con de Esteban Medina' ".

II. Se declare que Flórez ha adquirido por accesión las construcciones levantadas sobre el terreno de que trata el punto anterior.

III. Que se condene a los poseedores actuales, María de Jesús Santamaría, Faustino y Antonio Rincón, y Segundo Dallos a restituír, seis días después de ejecutoriada la sentencia, a Pastor H. Flórez "la parte que cada uno de ellos posee sobre el inmueble a que se contraen las dos anteriores peticiones".

IV. Que se condene a los demandados a pagar los frutos del inmueble que se reivindica, no solamente los percibidos sino los que con mediana inteligencia y cuidado se hubieran podido percibir desde el día que entraron en posesión del bien o desde la contestación de la demanda, según el caso, hasta el en que se haga la entrega.

V. Se condene a los demandados en las costas del juicio.

La causa de las súplicas la expone el libelo en diez y ocho hechos, que se resumen así:

Rita Espejo vendió a Pastor H. Flórez, según escritura número 533, autorizada en la Notaría Segunda del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, el 14 de agosto de 1927, el terreno encerrado por los linderos expresados en la primera súplica.

La vendedora Espejo, con autorización de su esposo, había adquirido dicho inmueble por compra a Ramón Santamaría, al tenor de la escritura número 430, otorgada el cinco de agosto de 1925, en la misma Notaría, quien manifestó haber adquirido "por herencia (sic) de su hermano Reyes Santamaría".

Las dos escrituras citadas se registraron en la oficina respectiva de Santa Rosa de Viterbo, en su orden, el 11 de septiembre de 1925 y el 26 de septiembre de 1927.

La Espejo poseyó materialmente el terreno en forma quieta y pacífica en el tiempo comprendido por las dos tradiciones a que se refiere el hecho anterior; Flórez entró en posesión material de él desde septiembre de 1927, y duró en ella hasta 1951, en que fue violentamente despojado del mismo.

Durante la posesión de Rita Espejo y de Flórez, ininterrumpida hasta 1951, "se incorporaron al fundo mejoras de gran consideración".

"Actos de una aparente legalidad pero de una repugnante inmoralidad e ilicitud en el fondo rodearon la expropiación de que se hizo víctima" a Flórez del terreno en cuestión.

La posesión inscrita de Flórez no ha sido válidamente cancelada, porque ningún acto judicial tiene fuerza legal para hacer cesar lo que adquirió y consolidó con la posesión material desde 1927.

Los demandados Rincón, Dallos y Santamaría poseen actualmente el terreno, objeto de la reivindicación, cuyos linderos han variado considerablemente, dado el progreso urbanístico de la ciudad donde está ubicado.

Sobre el inmueble reclamado se han levantado desde 1951 en adelante edificaciones y otras mejoras por quienes lo han poseído.

Si bien se le arrebató a Flórez la posesión, no se ha desprendido por ningún acto del dominio sobre él.

El justo título, la buena fe y la posesión material cuasi treintenaria consolidaron en Pastor H. Flórez "la propiedad plena sobre el cuestionado inmueble".

Los cuatro demandados contestaron fuera de término por medio de un solo apoderado la demanda, oponiéndose a las súplicas y manifestando que los hechos debían probarse.

Alegaron las excepciones:

"1º Carencia de derecho en la acción", consistente en que a Pastor H. Flórez en el doble juicio de sucesión intestada de Juan de Mata y Reyes Santamaría se le tuvo como subrogatario de los derechos de Ignacio Ramón Santamaría, y en la partición que fue aprobada sin objeciones, "se le adjudicó en la vereda de San Lorenzo de Arriba determinado lote de terreno como reza la hijuela".

"2º Ilegitimidad de la personería de la parte demandada, por cuanto María de Jesús Santamaría viuda de Niño está poseyendo lo que le fue adjudicado en la nombrada doble sucesión, y los otros demandados lo que han adquirido en distintas transacciones comerciales".

"3º Ilegitimidad de personería sustantiva en el actor, que se confunde con la de carencia de derecho para accionar".

Acompañaron a la contestación, entre otros documentos, las hijuelas de María de Jesús Santamaría viuda de Niño y la de Pastor H. Flórez.

En la misma fecha en que fue presentada la demanda anterior compareció Gerardo López C., por intermedio del mismo procurador, con libelo en que cita a Faustino Rincón, Antonio Rincón y Segundo Dallos, con estas súplicas:

I. Se declare que López C. tiene la propiedad exclusiva y plena del lote de terreno ubicado en la vereda de El Cajón, actualmente dentro del perímetro urbano de la ciudad de Duitama entre las calles 10 y 11 de la nomenclatura actual, "cuyos linderos se determinarán con exactitud matemática en el curso de la diligencia de inspección ocular que habré de solicitar en su debida oportunidad".

II. Se declare que López C. ha adquirido por accesión las construcciones levantadas en dicho lote de terreno.

III. Se condene a los demandados al pago de los frutos civiles del inmueble, no solamente los percibidos sino los que López hubiera podido percibir desde el día en que aquéllos entraron en posesión del bien o desde el en que se conteste la demanda hasta el día de la entrega.

Los hechos son en síntesis:

Gerardo López compró a Paulina Santamaría, según la escritura pública número 395 de veinte de junio de mil novecientos veintiséis, extendida en la Notaría Segunda de Santa Rosa de Viterbo, "los derechos y acciones que por herencia de su hermano Reyes Santamaría le corresponden,

vinculados en el terreno situado en la vereda de El Cajón", jurisdicción de Duitama, entre carreras 10ª y 11 de la zona urbana.

Si bien en la escritura de compra no se determinaron la cuota ni el lote en que están los derechos y acciones sino por el sitio de ubicación, el adquirente desde la fecha de la escritura entró en posesión de una parte del lote de terreno ubicado en la vereda de El Cajón, comprendido hoy entre carreras 10 y 11 de la nomenclatura urbana de Duitama, el cual había sido de propiedad de Reyes Santamaría, y se mantuvo en esa posesión quieta y pacífica hasta el año de 1951, en que fue despojado.

En el curso de esta posesión, que duró veinticinco años, Gerardo López incorporó al terreno cuantiosas mejoras, y acumuló en él 25.000 ladrillos y 20 carretadas de piedra para iniciar una construcción.

Contiguo al lote que poseía López C. había adquirido Pastor H. Flórez, por compra a Rita Espejo, "otro lote de terreno, parte de la totalidad que había sido propiedad de Reyes Santamaría".

En las mismas circunstancias de hecho y de aparente legalidad en que consumó el despojo de Flórez, se realizó el desconocimiento de los derechos de López sobre el mencionado terreno y los materiales de construcción acumulados allí, pero éste no se ha desprendido de sus derechos.

La posesión material de López en el predio desde 1926 hasta 1951, en que se vio imposibilitado de continuar en ella, fue pacífica e ininterrumpida.

En la actualidad lo poseen los demandados Rincón y Dallos.

Con posterioridad a la fecha en que dejó de poseerlo López C., se han hecho mejoras y levantado construcciones.

Circunstancias de fuerza mayor, que habrán de demostrarse, imposibilitaron física y moralmente a López para exigir el respeto de sus derechos, tanto sobre el lote que se reivindica como sobre los materiales de construcción que tenía en él.

Fuera del término, los demandados por intermedio de un solo apoderado, descorrieron el traslado de la demanda oponiéndose a las pretensiones de ella y negando los hechos en cuanto todos deben ser objeto de prueba.

Alegan las excepciones de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada y carencia de acción en la misma, en cuanto los reos adquirieron los inmuebles que poseen en la actualidad en un juicio ejecutivo seguido en el Juzgado Civil del Circuito de Duitama contra Carlos J. Ramírez, quien los había adquirido de distintas personas.

Acompañan a la contestación de la demanda la hijuela de Gerardo López C. en el juicio de sucesión de Juan Mata y Reyes Santamaría.

El procurador de Pastor H. Flórez y Gerardo López, obtuvo la acumulación de los juicios por auto de quince de marzo de mil novecientos cincuenta y siete.

El Juzgado dio término al primer grado, en sentencia de treinta de junio de mil novecientos cincuenta y nueve, en la cual resolvió:

"Primero. Desestímanse las demandas presentadas por Pastor H. Flórez y Gerardo López, por conducto de apoderado, por falta de personería sustantiva en los demandantes.

"Segundo. Condénase en costas a los demandantes".

El Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo resolvió la alzada en que acudió el representante de los actores en sentencia de veintidós de julio de mil novecientos sesenta, por la cual confirmó en todas sus partes la del inferior.

Motivación del fallo del Tribunal.

Previamente se ocupa de considerar los presupuestos procesales, sobre los cuales anota que la Corte, respecto de la legitimación en causa, que en un principio se había considerado como uno de aquéllos, sentó la doctrina de que ella es un elemento estructural de la acción, de forma que el fallo que se profiera por falta de él es de fondo, y produce la excepción de cosa juzgada material, en tanto que la carencia de cualquiera de los cuatro presupuestos procesales, competencia, demanda en forma, capacidad para ser parte y capacidad procesal, es cuestión de rito, que lleva a la inhibición del fallador, con la consecuencia de que la sentencia sólo produce cosa juzgada formal.

Estudia luego la "legitimación en causa de la parte actora", y estima que los sujetos activos de la acción reivindicatoria en este juicio no tienen tal calidad para instaurarla.

En efecto, en los términos del artículo 946 del Código Civil, la acción de dominio la tiene el que es dueño del bien de que no estaba en posesión frente al poseedor que debe restituírlo. La primera obligación del reivindicador es, pues, demostrar que es dueño de la cosa. Si este elemento no se demuestra en autos, "debe concluírse que los demandantes, en este caso Pastor H. Flórez y Gerardo López, no tienen la acción que pretenden deducir en este juicio".

Las escrituras acompañadas a las demandas como prueba del dominio sobre los bienes que se reivindican rezan que "los demandantes compraron solamente derechos y acciones en sucesiones que aún se hallan sin liquidar judicialmente". Los títulos, en efecto, no podían señalar cuerpo cierto como objeto de la venta. Los derechos adquiridos no pueden hacerse valer en esta clase de juicios.

En estas condiciones, los actores Flórez y López no pueden considerarse dueños de los terrenos "demarcados en las respectivas demandas, y consiguientemente la acción intentada por dichos señores no puede prosperar, porque le falta para su viabilidad uno de los factores que le caracterizan, 'el dueño de simples derechos y acciones no puede reivindicar una cosa singular o cuota determinada, cuyo dominio es indispensable para ejercer la acción reivindicatoria, según lo expresa el artículo 946 del Código Civil. Para esto deben adelantar el juicio del caso donde se les adjudiquen el bien o bienes en que se concreten sus derechos'.

"La falta de legitimación en la causa la reconoció el Juzgado *a quo* en el fallo que se revisa, y su decisión en cuanto desestimó las demandas presentadas por Pastor H. Flórez y Gerardo López, por carecer de personería sustantiva para reivindicar bienes que no están singularizados, debe confirmarse por estar de acuerdo con las normas legales".

El apoderado de los demandantes impugnó la resolución del Tribunal con el recurso de casación que se decide.

Recurso de casación.

Cuatro censuras le hace el recurrente a la sentencia, las dos primeras por errores de hecho en la apreciación de las pruebas, la tercera por error de derecho en la valoración probatoria, y la cuarta por violación directa de la ley sustantiva.

Primer cargo.

Lo enuncia en razón de que el Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho consistente en que no reconoció la posesión material "ejercida conjuntamente por Pastor H. Flórez y Gerardo López sobre el lote materia de la reivindicación, por un período casi igual al señalado para la prescripción extraordinaria" originado en la falta de apreciación de siete testimonios legalmente producidos.

Pretende demostrar la acusación con razonamientos que se resumen así: Estrictamente la acción reivindicatoria corresponde al dueño que demuestre su derecho exhibiendo su título anterior a la posesión del poseedor demandado.

Aparte de este caso, el artículo 951 extiende la misma acción "en favor de quien, sin ser propietario, ha perdido 'la posesión regular' cuando se hallaba en el caso de poder ganar la cosa por prescripción".

Pero al conceder la acción reivindicatoria la norma invocada "aunque no se prueba propiedad", quiere decir que "la acción se extiende es al nudo poseedor, a quien no tiene título. De no ser así carecería de sentido lógico, pues títulos que no dan la condición de dueño tampoco dan la posesión regular".

"Esta interpretación obvia de la norma adquiere suma evidencia cuando en el segundo inciso contempla la posibilidad del enfrentamiento de dos simples poseedores". "Si la expresión 'posesión regular' a que se refiere el artículo 951 del Código Civil, se interpretara en sentido riguroso, tal como lo define el artículo 764 de la misma obra, resultaría este contrasentido:

'Que para reivindicar, en sentido estricto, con fundamento en el artículo 946, en armonía con el 950 del Código Civil, bastaría con exhibir simplemente un título con nota de inscripción anterior a la posesión del reo, y

'Para reivindicar se requerirá exhibir no solamente un título justo, sino probar que se adquirió de buena fe y que por la duración de ella era ya probable ganar la cosa por prescripción'".

Aplicando la regla de hermenéutica consagrada en el artículo 5º de la Ley 153 de 1887, ha de entenderse que la posesión regular de que trata el artículo 951 del Código Civil no es la rigurosa que define el 764, ibídem, sino una posesión material relevante caracterizada por su prolongación en el tiempo y definida ya como probable para que su titular pueda ganar el dominio sobre la cosa por prescripción.

Así, a quien reivindica acogiéndose al artículo 951, le basta probar que fue poseedor "hasta el punto de que era probable ya que hubiera ganado la cosa por prescripción. Solamente así cumpliría alguna función el citado artículo, y se haría operante".

El Tribunal no consideró los testimonios de Marco A. Sandoval, Daniel Higuera Vargas, Ramón Valderrama, Miguel Sandoval, Matías González, Ramón Santamaría y Manuel Puerto, quienes demuestran plenamente que después de Rita

Espejo continuó poseyendo Flórez el inmueble *sub judice* hasta 1951, y que compartió la posesión con Gerardo López de buena fe, en forma quieta, pacífica e ininterrumpida, con exclusión de toda otra persona.

Esta posesión, independientemente de los títulos, ejercida hasta el borde de la prescripción extraordinaria, perdida por razón de fuerza mayor, satisface los requisitos exigidos por el artículo 951 del Código Civil, para reivindicar contra quienes no han resultado ser verdaderos dueños ni poseedores de mejor derecho.

El Tribunal incurrió en error manifiesto de hecho al omitir la consideración de los testimonios citados, pues no reconoció la posesión cuasi treintenaria de Flórez y López, ni la situación de los demandados, que no acreditaron ser dueños o poseedores de igual o mejor derecho.

Como consecuencia de este error de hecho, el sentenciador violó los artículos 693, 696 y 697 del Código Judicial, que le dan a tales testimonios el valor de plena prueba, y el 951 del Código Civil.

Considerandos de la Corte:

Tanto el Juzgado como el Tribunal consideraron o interpretaron la demanda en el sentido de que la acción incoada era la reivindicatoria de que trata el artículo 946 del Código Civil, esto es, la que tiene el dueño de una cosa singular de la cual no está en posesión para que se la restituya el poseedor.

A esta interpretación dan base la súplica principal de ambas demandas para que se declare que el lote de terreno reclamado por cada uno de los actores es de su plena y exclusiva propiedad, y principalmente los hechos en los cuales exponen que por el título respectivo cada demandante no solamente adquirió el dominio del correspondiente inmueble, sino que con la posesión cuasi treintenaria se consolidó en cabeza de su titular la propiedad plena y absoluta del bien.

De otra parte, no hay petición o súplica encaminada a que se diga que los demandantes como poseedores regulares, o poseedores sin título, conforme lo pretende el recurrente, tienen derecho a que se les restituyan los inmuebles *sub lite.*

Planteada en términos tan claros la litis, e interpretada por el Tribunal la demanda con el alcance de que la acción reivindicatoria seguida en este juicio es la estatuída en el artículo 946 del Código Civil, el cargo por error de hecho, en cuanto no tuvo en cuenta la prueba testimonial sobre la posesión material, que los demandantes tuvieron de los predios por varios años, no cabe, porque precisamente no había ningún objeto en considerarla, si no probaron los actores el primer elemento de la acción reivindicatoria instaurada, que es el dominio.

Quizá a la postulación de este error podría llegarse, si se hubiera alegado y demostrado que el fallador incurrió en error de hecho en la interpretación de la demanda, por no haber tenido en cuenta las súplicas y los hechos que configuran la acción publiciana del artículo 951 del Código Civil. Pero como así no ha obrado el impugnante, es inconducente la tacha de violación indirecta del artículo 951 del Código Civil, por no haber apreciado la prueba testimonial aportada por los demandantes.

Segundo cargo.

Con respaldo en la primera causal del artículo 520 del Código Judicial, acusa la sentencia de haber violado los artículos 946 y 950 del Código Civil, "como consecuencia del error de hecho en que incurrió el fallador al no reconocer la suficiencia del título presentado por Pastor H. Flórez, que acredita el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, ampliado por el de Duitama, que obra al folio primero del cuaderno de pruebas de la parte actora, y no fue apreciado".

La propiedad que el actor debe demostrar en la acción reivindicatoria, al tenor de los artículos 946 y 950 del Código Civil, no es absoluta sino relativa, o sea, frente al demandado.

Le basta presentar su título debidamente inscrito sin necesidad de acompañar certificado sobre suficiencia del título, como lo tiene dicho la Corte. Lo cual no significa que no deba tomarse en cuenta tal documento cuando se presenta.

Dicho certificado tiene el valor de plena prueba y acredita la suficiencia de títulos escriturarios (arts. 632 y 635 del Código Judicial). El Tribunal no consideró el que Flórez presentó al juicio que establece la suficiencia y vigencia del título.

Este error "condujo al Tribunal a la violación de los artículos 593, 696 y 697 del Código Judicial, y a dejar de aplicar los artículos 946 y 950 del Código Civil, infringiéndolos así indirectamente, ya que si la demanda de Gerardo López debía ser desestimada por haber pedido para sí y no para la sucesión, no podía incurrir lo mismo a propósito de la situación de Pastor H. Flórez, toda vez que respecto de él sí concurre

la situación de dueño absoluto con título suficiente para reivindicar en nombre propio''.

La incidencia de este error ha sido determinante en el fallo, ''comoquiera que si no se deja de reconocer la suficiencia del título que le daba al actor la condición de dueño, la demanda de éste no hubiera podido ser desestimada'', sino que se hubiera decretado la reivindicación.

Se considera:

Constante ha sido la doctrina de la Corte respecto de que los certificados expedidos por los Registradores de Instrumentos Públicos y Privados, en cumplimiento del artículo 2640, ordinal 4º, del Código Civil, sobre vigencia y suficiencia de un título, no son necesarios para acreditar el dominio en los juicios reivindicatorios de inmuebles, porque de conformidad con lo dispuesto en el artículo 635 del Código Judicial, tal medio sólo se requiere cuando la ley habla de suficiencia de títulos, circunstancia que no se requiere en dichos litigios, ya que la ley no habla nada al respecto, y porque basta en ellos la presentación del título o títulos en que conste su debida inscripción en el registro. Si la falta del certificado no afecta la prueba del dominio, la presentación de él tampoco lo acredita, ya que no es el medio apto a tal fin. En el particular, a lo sumo puede ser un medio corroborante de los registros de los títulos, o demostrativo de aquéllos, cuando por alguna circunstancia no consta la inscripción en el instrumento aducido. Sabido es, de otra parte, que los certificados de los Registradores acerca del punto o de los puntos de que haya constancia en el registro, tienen el valor de prueba supletoria, cuando se han expedido en los términos prescritos por el artículo 2675 del Código Civil.

Finalmente, no habiendo encontrado el Tribunal sino la prueba sobre derechos y acciones herenciales en las escrituras números 533 de 14 de agosto de 1927 y 430 de 5 de agosto de 1926, acompañadas a la demanda por Pastor H. Flórez, como títulos del dominio sobre el inmueble que reclama, no puede tenerse el certificado expedido por los Registradores de Santa Rosa de Viterbo y Duitama como prueba de la propiedad del dicho inmueble, y, por lo mismo, no podía cometer error de hecho al no haberlos tenido en cuenta el fallador de segunda instancia.

Tercer cargo.

La sentencia viola indirectamente los artículos 946 y 950 del Código Civil, los que dejó de aplicar como consecuencia del error de derecho en la estimación probatoria de las escrituras 430 y 533, debidamente registradas, que Flórez acompañó a la demanda.

El error ''es ambivalente'' en razón de que el Tribunal le da el valor de prueba del estado civil, que le niegan los artículos 347 del Código Civil y 19 de la Ley 92 de 1938, a la declaración unilateral que una de las partes hace en esas escrituras, y, a su vez, les niega el pleno valor que les asignan los artículos 756, 1857, 1758 y 1759 del Código Civil, 601, 603 y 635 del Código Judicial, acerca de que Flórez adquirió la propiedad del inmueble que se reclama. Al reivindicador, para demostrar su condición de dueño, ''le basta exhibir un título inscrito anterior a la posesión del demandado, para que su obligación quede satisfecha y pueda demandar''.

Los artículos 756, 1758 y 1857 del Código Civil, en armonía con el 601, el 630 y el 635 del Código Judicial, dan el valor de plena prueba en la adquisición de bienes raíces a las escrituras públicas debidamente registradas.

''De otra parte, el artículo 347 del Código Civil prescribe que la prueba del estado civil está constituída por las actas del estado civil, y el 19 de la Ley 92 de 1938 determina los casos en que es procedente la prueba supletoria y qué medios taxativos son idóneos, sin que entre estos últimos se le reconozca validez alguna al aserto informal que haga un tercero, así sea en un documento público''.

En la escritura pública 430, el vendedor dice que hubo el dominio ''por herencia de su hermano Reyes Santamaría'', y la compradora afirma que procede con autorización de su esposo Santos Camargo. Luego en el instrumento 533 la vendedora afirma que es viuda.

''De estas nudas afirmaciones el Tribunal da por establecido los siguientes estados civiles: el de Reyes Santamaría como muerto; el de Ramón Santamaría como hermano de aquél y causahabiente a título universal; el de Rita Espejo como casada primero con Santos Camargo, y luego como viuda.

''En esta forma viola el Tribunal en la sentencia impugnada los artículos 347 del Código Civil y 5º de la Ley 92 de 1938, pues da por establecido el estado civil de aquellas personas con medios probatorios a los que tales disposiciones les desconocen validez para tal efecto.

''Partiendo de tal error de derecho evidente, el Tribunal concluye que Ramón Santamaría, primero, y Rita Espejo, después, no eran dueños del lote que decían vender en las respectivas es-

crituras, sino apenas titulares de derechos y acciones sobre él, y que, por tanto, Pastor H. Flórez no pudo adquirir sino tales derechos y acciones en las sucesiones de Reyes Santamaría y Santos Camargo".

De esta forma, la sentencia desconoce el valor de plena prueba que tienen las escrituras mediante las cuales Pastor H. Flórez adquirió el dominio del terreno cuya restitución demanda, infringiendo los artículos 756, 1758 y 1857 del Código Civil, y 601, 630 y 635 del Código Judicial, que tal mérito les asignan a estos instrumentos, solemnes por excelencia.

"Es, pues, el error de derecho en la apreciación de las dos escrituras públicas acompañadas a la demanda, en que incurrió el Tribunal, por el doble aspecto demostrado".

Si la ley no les da el valor de plena prueba del estado civil a las nudas declaraciones que tomó en cuenta, y, en cambio, se lo desconoció a las escrituras en relación con el título y el modo por los cuales se adquirió el dominio del inmueble, "resultan evidentes el error de derecho y la violación de las normas adjetivas citadas". "Y a través de tales errores y violación infringió los artículos 946 y 950 del Código Civil, que era del caso aplicar, dado que el actor sí era dueño del cuerpo cierto cuya restitución demanda, y estaba, por tanto, legitimado en la causa.

La Corte considera:

La sentencia, en relación con las escrituras 430 y 533, en cuya apreciación estima el recurrente cometió error de derecho, dijo: "De las escrituras acompañadas a las demandas como prueba de su derecho en los bienes que pretenden reivindicar, se desprende que los demandantes compraron solamene derechos y acciones de sucesiones que aún se hallan sin liquidar judicialmente. Los títulos, en efecto, no podían señalar cuerpo cierto como objeto de la venta".

Agrega que en tales condiciones los demandantes Flórez y López no pueden ser considerados como dueños de los terrenos demarcados en la respectiva demanda, y que, en consecuencia, la acción intentada no puede prosperar, porque para su viabilidad falta uno de los elementos integrantes de ella, ya que el dueño de simples derechos y acciones hereditarias no puede reivindicar por sí mismo, porque carece del dominio de cosa singular y cuota de ella, que, según el artículo 946, es indispensable para el ejercicio de la acción reivindicatoria.

Resulta de este aparte de la sentencia que el Tribunal halló en las escrituras presentadas con la demanda de Flórez, con la cual toca la tacha en estudio, que ellas solamente acreditan la venta de derechos y acciones, no la venta de cuerpo cierto, y en este particular les dio el valor de plena prueba. Por manera que si el sentenciador hubiera encontrado acreditado el dominio del inmueble *sub lite,* y le hubiera desconocido a los instrumentos aducidos por Flórez el valor de plena prueba que le señala el artículo 630 del Código Judicial, sería conducente la impugnación motivada en error de derecho en la valoración de esta prueba, pero no si admitió comprobada solamente una venta de derechos y acciones en sucesiones por liquidar, porque la valoración probatoria de un medio se predica exclusivamente del acto o hecho admitido por el sentenciador, no de otros.

En lo atinente al otro aspecto del cargo, consistente en que el Tribunal dio por probados los siguientes hechos: la muerte de Reyes Santamaría, la de Ramón Santamaría, como hermano de aquél, y el estado de Rita Espejo como cónyuge de Santos Camargo, y luego el de viuda del mismo, sin que obren las actas o pruebas supletorias que acrediten estos hechos, resulta con toda claridad que el error en tal supuesto sería de hecho, en cuanto habría aceptado tales estados civiles teniendo en cuenta elementos probatorios que no obran en el expediente. El error no sería de derecho sino en el caso de que habiendo obrado las actas correspondientes de estado civil o los elementos supletorios de ellas, la sentencia les hubiera reconocido pleno valor probatorio sin cumplir las exigencias prescritas en los artículos 632 del Código Judicial y 19 de la Ley 92 de 1938.

Lo que ocurre es que el Tribunal le dio a la declaración que hizo Ramón Santamaría en la escritura 430, de haber adquirido el inmueble por herencia de su hermano Reyes Santamaría, y a la de Rita Espejo adquirente de Ramón Santamaría en la escritura 533 de que vende a Pastor Flórez el bien que hubo de Ramón Santamaría, la plena fe que contra los contratantes y sus causahabientes hacen las declaraciones contenidas en los instrumentos públicos, de conformidad con lo estatuído por el artículo 1759 del Código Civil, pero olvidó, en corroboración de la tesis, referirse a la hijuela que obra al folio 27 v. del cuaderno principal, expedida a favor de Pastor Flórez como cesionario de Ramón Santamaría en las sucesiones conjuntas de Mata y Reyes Santamaría, y en las cuales se le adjudicaron una cuota de un terreno situado en la vereda de San Lorenzo, sendos créditos a cargo de José del Carmen Becerra y María de Jesús

Santamaría, y la suma de veinticinco pesos. Lo que indica que los derechos herenciales de Ramón Santamaría le quedaron vinculados en un bien distinto del que contemplan las escrituras 430 y 533.

Debe rechazarse la censura.

Cuarto cargo.

Lo presenta también basado en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, pero por violación directa del artículo 946 del Código Civil, en cuanto exige una condición relativa de dueño no la absoluta, y del 950, ibídem, que no da a la noción de dominio un alcance *erga omnes*, como erróneamente lo interpreta el Tribunal, sino *inter partes*.

En la demostración argumenta así:

La acción reivindicatoria, según los artículos 946 y 950 citados, "corresponde a quien tiene la propiedad sobre la cosa, esto es, a quien es dueño. Pero esa calidad de dueño se prueba frente al demandado, no *erga omnes*, y se examina en concreto, no en abstracto".

La acción reivindicatoria consiste en un juego dialéctico, cuya primera tesis está constituída por la presunción de dominio que el artículo 762 del Código Civil consagra en favor del actual poseedor material; "antítesis o negación de esta presunción no puede ser sino una posesión más relevante caracterizada ya como probable para ganar el dominio por la prescripción, o una tradición en virtud de un título idóneo".

De la confrontación de estas dos situaciones surgirá un mejor derecho, que favorecerá:

Al poseedor demandado "si su posesión es más relevante que la del actor que ha demandado con fundamento en que poseía con anterioridad, y se hallaba en vía de ganar el dominio por la prescripción".

"Al mismo poseedor actual, demandado, si su posesión es anterior a la fecha de la tradición, según el título del actor".

"O a quien reivindica, en el primer caso, si su posesión es más relevante y estaba caracterizada por la probabilidad de ganar el dominio por prescripción, y en el segundo, si la tradición, según su título, resulta anterior a la posesión del demandado, a menos que éste exhiba un título más antiguo, y así sucesivamente".

Aquel que aparezca "con mejor derecho será el propietario o dueño de la cosa para los efectos de la litis". De aquí concluye que para la aplicación de los artículos 946 y 950, la calidad de dueño "no puede ser sino una condición de mejor derecho frente a la contraparte en el juicio, ya que la acción reivindicatoria no produce efecto *erga omnes*". "De ahí que la calidad de dueño se determina no en abstracto 'sino en concreto, procesalmente, valorando y pesando la situación de cada parte' ".

Exigir la calidad de dueño absoluto o *erga omnes*, o examinarla unilateralmente y no frente a la situación del demandado, constituye una errónea interpretación de las normas citadas.

Trae una doctrina de la Corte en que expone que el derecho que compete al reivindicador "no se refiere sino al poseedor y se prueba frente a éste. Al dueño que quiera demostrar propiedad le toca probar su derecho, pero exhibiendo el título no hay por qué exigirle la prueba del dominio de su causante, cuando la fecha del registro de tal título es anterior a la posesión del reo".

El Tribunal, al examinar la legitimación en la causa, o sea la condición de dueño del inmueble, objeto de la reivindicación, "no se detiene en el examen del título que adujo Pastor H. Flórez, sino que se remonta al análisis de la condición del tradente, lo que quiere decir que para él no es bastante el título debidamente inscrito, sino que es necesario probar que el tradente era dueño". Y en tal actividad concluye erróneamente que el tradente anterior no era dueño sino de derechos y acciones, los cuales solamente podía transmitir al adquirente. En este análisis el Tribunal no tuvo en cuenta la condición de los demandados, o no examinó la condición de dueño frente al reo, sino en abstracto, como "si se tratara de hacerla valer universalmente". Si para el Tribunal no basta el título del demandante con su nota de inscripción, sino que es necesario demostrar que el tradente era dueño, viola directamente los artículos 946 y 950 del Código Civil por interpretarlos erróneamente entendiéndose que la condición de dueño para reivindicar, según estas normas, es absoluta.

Se considera:

En lo expuesto sobre las tachas anteriores, queda visto que el fallador de segunda instancia, con referencia al primer elemento estructural de la acción reivindicatoria, que es el dominio en el actor (art. 946 del Código Civil), halló que no fue probado en relación con el terreno *sub judice*, sino con derechos y acciones herenciales. Esta apreciación no ha sido desvirtuada en casación, porque contra ella no se ha formulado censura alguna.

En estas condiciones, la impugnación por violación directa de las normas sustanciales citadas por el recurrente, no es conducente, toda vez que ella parte de la cuestión de hecho como fue acogida por el Tribunal, esto es, que el demandante Flórez no acreditó la propiedad del inmueble, sin que sea dable a la Corte indagar si en realidad tuvo o no en cuenta el título del tradente en el examen de ese extremo de la acción.

Si el sentenciador hubiera encontrado probado el dominio del reivindicador con el título por el cual dice lo adquirió, y hubiera negado la restitución del bien, por haber estimado indispensable el título del antecesor, interpretando erróneamente el artículo 946 del Código Civil, el cargo por violación directa sí sería viable, ya que sería del caso entrar a examinar si en realidad el título anterior a la posesión del demandado es suficiente para la prosperidad de la acción.

Tampoco prospera el cargo.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, como consecuencia de todo lo expuesto, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de veintidós de julio de mil novecientos sesenta, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo en el juicio ordinario acumulado de Pastor H. Flórez contra María de Jesús Santamaría, Faustino y Antonio Rincón, y Segundo Dallos, y de Gerardo López C. contra Faustino y Antonio Rincón y Segundo Dallos.

Las costas del recurso a cargo de los actores en él.

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

Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

PRUEBA DE HECHOS QUE INFORMAN UNA SITUACION DE TRACTO SUCESIVO

Error de hecho. — Obligaciones del recurrente en la formulación del cargo. — Casación. En el recurso no es de recibo la crítica global del problema probatorio.

1. Sabido es que, tratándose de la censura de una sentencia en casación, por error manifiesto de hecho en la estimación probatoria, inductivo al quebranto de la ley sustancial, el recurrente está obligado a demostrar la ocurrencia cierta del yerro que alega, consistente, ya en que el juzgador haya ignorado un elemento de prueba actuante en el juicio, ya en que haya supuesto uno que no existe, con el resultado, si lo primero, del desconocimiento de un hecho formalmente establecido por el medio ignorado, y si lo segundo, con el de la admisión de un hecho sin fundamento alguno en el proceso. Tal el sistema del error de hecho en las previsiones de la segunda parte del ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial, que coloca así al impugnante en la necesidad de señalar singularmente, bien el elemento de prueba ignorado por el sentenciador, bien el medio imaginado por éste, haciendo patente en cada caso el error objetivo cometido en la estimación del correspondiente elemento de prueba.

2. Cuando el artículo 697 del Código Judicial dispone que "dos testigos hábiles que concuerdan en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, forman plena prueba en los casos en que este medio es admisible conforme a la ley", estrictamente se refiere a la prueba testimonial autónoma o directa de un hecho simple, que ha de aparecer idéntico a sí mismo en las deposiciones de los testigos, las que, por lo tanto, deben ser —no uniformes, lo que sería una condición externa no exigida por la ley, y que podría aun tornarse en contraindicante de la credibilidad del testimonio—, sino concordantes, **es decir, armónicas o coincidentes acerca de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que sucediera el hecho declarado. Pero, cuando lo que se trata de demostrar a través de testimonios es una situación compleja o continua, de repetición mantenida o tracto sucesivo, entonces, si no se ofrece la pluralidad testimonial perfecta sobre cada uno de los hechos simples que constituyen los diversos eslabones de la cadena, cabe reconocer su mérito a la diversidad acumulativa de los testimonios, con derivación sobre el campo de la prueba indiciaria y apoyo en los artículos 696 y 662 y demás concordantes del Código Judicial.**

3. Resulta improcedente acusar en casación a través del planteamiento global del problema probatorio, en busca de que la Corte se forme una convicción distinta de la obtenida por el Tribunal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., veintiséis de noviembre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 17 de mayo de 1960, en el juicio ordinario incoado por María Benita Suárez, en nombre de Guillermo Suárez, frente a María Isabel Aguilar Salgado de Mejía y otros.

I

El litigio.

María Benita Suárez, invocando su calidad de madre natural del menor Guillermo Suárez y el haber cuidado de su crianza y educación, pro-

movió demanda ordinaria contra María Isabel Aguilar Salgado, Carlos Alberto Aguilar Salgado, Luis Alberto Aguilar Salgado, Beatriz Pineda y Alfonso Pineda, en su condición de herederos universales de Isaac Aguilar Garavito, los tres primeros como hijos legítimos de éste y los dos últimos como hijos naturales suyos, con el fin de que mediante sentencia definitiva se resolviese lo siguiente:

1º Que el menor Guillermo Suárez, hijo natural de María Benita Suárez, es hijo natural del causante señor Isaac Aguilar Garavito, y, en tal virtud, es también su legitimario en concurrencia con los demandados;

2º Que pertenecen a la sucesión del nombrado Isaac Aguilar Garavito todos los bienes que fueron inventariados, partidos y adjudicados dentro del juicio respectivo, que cursó en el Juzgado 5º Civil de este Circuito, y terminó con sentencia aprobatoria de la partición que se declaró ejecutoriada;

3º Que, consecuencialmente, se ordene que los demandados restituyan a la herencia de Isaac Aguilar Garavito, con sus frutos, los respectivos bienes que allí les fueron adjudicados, y los cuales se especifican en la misma súplica, y

4º Que se les condene en costas, en caso de oposición.

Como subsidiaria de la petición tercera, se formuló la de que los demandados están obligados a restituír al menor Guillermo Suárez el derecho o cuota herencial determinada por la ley, correspondiente a su calidad de hijo natural del causante Aguilar Garavito y vinculada a los bienes herenciales relacionados en la súplica tercera principal, con sus aumentos y frutos.

Los *hechos* sustanciales de la demanda pueden resumirse así:

Que el día 9 de septiembre de 1939, según la partida de origen eclesiástico, o el 9 de octubre del mismo año, según el acta notarial, el niño Guillermo Suárez nació de María Benita Suárez, quien, así en la época en que lo concibió como cuando lo dio a luz, era mujer soltera y menor de edad (hechos 2º y 3º);

Que "este menor es fruto carnal de las relaciones sexuales estables, notorias y de comunidad de habitación que existieron entre el señor Isaac Aguilar Garavito y la citada María Benita Suárez, entre los años de 1938 a 1943, en la población de Fontibón, y nació dentro del período de ellas" (hecho 4º);

Que Isaac Aguilar Garavito, durante el embarazo de María Benita Suárez, prodigó a ésta atenciones, cuidados y servicios médicos; que, una vez nacido y bautizado Guillermo, toleró que se le apellidara indistintamente Suárez o Aguilar, en las relaciones domésticas y sociales, le dio el tratamiento de hijo, proveyó a su subsistencia, alojamiento, vestido y educación, y durante más de diez años continuos, desde el nacimiento de Guillermo hasta la muerte del presunto padre, ocurrida el 10 de diciembre de 1954, ejecutó en forma pública, reiterada y constante, diferentes actos de padre con relación al mismo; y que en Fontibón, vecindario de la madre y lugar en donde el mismo Isaac Aguilar Garavito fue propietario y poseedor de varios inmuebles que administró directamente, se reputa en general como hijo natural de éste al dicho menor (hechos 5º, 6º y 7º);

Que la demandante, madre natural del menor Suárez, posteriormente, o sea el 15 de enero de 1944, contrajo matrimonio con el señor Manuel Antonio Cruz, y que ella ha observado siempre intachable conducta, sin que se le hayan conocido relaciones sexuales extraconyugales distintas de las que tuvo con Isaac Aguilar Garavito (hechos 10 y 11), y

Que la herencia de éste se distribuyó entre sus tres hijos legítimos y sus dos hijos naturales reconocidos, o sea los demandados, quienes son poseedores materiales y posiblemente inscritos de los bienes herenciales sobre que recae la demanda (hechos 8º y 12).

En *derecho* dijo fundarse el libelo sobre la Ley 45 de 1936, especialmente en sus artículos 1º, 4º, 6º, 7º, 10, 12, 14 y 18; en los artículos 396 al 399 del Código Civil, en relación con los 5º, 6º y 7º de la misma Ley 45, y en los artículos 655, 952, 1321, 1322 y 1323 del citado Código.

En sus contestaciones los demandados negaron los hechos fundamentales de la demanda, con excepción de los referentes al trámite de la sucesión de Isaac Aguilar Garavito y a las calidades que los demandados tienen de hijos de éste; desconocieron el derecho invocado por la parte actora; y, en fin, dijeron proponer algunas excepciones perentorias.

Con producción de pruebas de una y otra parte, surtiose el primer grado del juicio, a que recayó sentencia del Juez 5º Civil de este Circuito, por la cual se deniegan las súplicas de la demanda y, en consecuencia, se absuelve a la parte demandada de los cargos contra ésta formulados.

Por apelación del actor, abriose la segunda instancia que concluyó con sentencia del Tribunal Superior, de fecha 17 de mayo de 1960, en que *se revoca* la del inferior, y en su lugar se decide lo siguiente:

"1º *Declarar* que *Guillermo Suárez* tiene la calidad de hijo natural de *Isaac Aguilar Garavito,* quien falleció en Bogotá el diez de diciembre de 1954, habido en *María Benita Suárez.*

"2º *Declarar,* que *Guillermo Suárez,* hijo natural de *Isaac Aguilar Garavito* con *María Benita Suárez,* es heredero y legitimario forzoso de *Isaac Aguilar Garavito.*

"3º *Condenar,* como en efecto condena, a los demandados a *restituír* a la herencia de don Isaac Aguilar Garavito todos los bienes que les fueron adjudicados dentro del sucesorio del causante, según la partición realizada y aprobada dentro del mismo juicio, con sus respectivos frutos.

"4º *Rehágase* la partición de los bienes herenciales, incluyendo a *Guillermo Suárez* como legitimario.

"5º Costas de primera instancia a cargo de los demandados.

"6º Sin costas en esta instancia".

Toca ahora a la Corte el pronunciarse sobre el recurso de casación contra este fallo interpuesto por los litigantes vencidos.

II.

La sentencia recurrida.

Basándose en los testimonios de Luis Alfonso García Mendoza, Joaquín Laguna Ostias, Rosa Guerrero, Josefina Martínez, Efraín Moreno y Nieves Guerrero, concluyó el sentenciador así:

"Ahora bien, es evidente que los testigos traídos por la parte actora no logran decir con precisión matemática cómo se realizaron tales relaciones, ni la fecha exacta del nacimiento de Guillermo, pero es altamente cierto que todos ellos, en forma responsiva, exacta y completa, acordes en circunstancia de tiempo (aproximación), modo y lugar, están acordes en declarar afirmativamente que entre Isaac Aguilar Garavito y María Benita Suárez existieron relaciones sexuales estables y notorias, por los años de 1938 a 1943, dentro de cuyo lapso nació Guillermo Suárez. Y así, observamos, que ellos relatan sobre hechos que se sucedieron ante su vista, que presenciaron, que oyeron, sobre situaciones que apreciaron en toda su magnitud, y que los indujo a pensar en forma inequívoca sobre la notoriedad, estabilidad y existencia de tales relaciones, dentro de cuyo lapso nació Guillermo Suárez.

"Es más, tales declarantes pertenecían al grupo social de la residencia de los amantes, los trataban, eran sus relacionados, sus servidores, y, en consecuencia, como lo dice la Corte, tales relaciones no podían ser secretas para ellos. De ahí que la notoriedad exigida por la ley como presupuesto indispensable de las relaciones sexuales, pueda predicarse en el caso de autos, por cuanto ella se limita al estrecho vínculo social, o círculo residencial del lugar o sitio donde vivan los amantes; y siendo, como eran los declarantes, las personas más allegadas por razón de vecindad u otro afecto, con los amantes, nadie más que a ellos les puede constar la existencia de tales relaciones, y al constarles, en virtud de pertenecer al vecindario de los concubinos, resalta a bulto la exigida notoriedad dentro de dicho círculo social.

"También es evidente, evidencia que surge o nace de los testimonios que se analizan, que los deponentes vieron, observaron y comprobaron el trato amable, las entradas a la casa de María Suárez por parte de Isaac Aguilar a distintas horas, por un tiempo que va de 1938 a 1943, que es precisamente la fecha en que María concibe y da a luz a Guillermo (1939); la preocupación de Isaac por la enfermedad de María, el pago de servicios médicos, la entrega de dinero y el trato diario y continuo de los dos, y, en fin, todos aquellos detalles y pormenores, por medio de los cuales no sólo se canaliza un sentimiento sino que se revela un interés bastante diciente, que no puede ser ocultado ante quienes diariamente lo observan.

"Es también necesario agregar que, en virtud de la escasa cultura de los declarantes, las fechas en que se sucedieron los hechos que exponen y la modalidad de tales hechos, no puedan en forma cronológica, hilvanada y detallada, verter en los interrogatorios que se les formuló todo el cúmulo de sus experiencias vividas y observadas por ellos en relación con la vida conyugal entre María Benita Suárez e Isaac Aguilar Garavito, pero sí es evidente la uniformidad de conceptos, de observaciones y de hechos, reveladores todos de la existencia de tales relaciones.

"Es decir, que de la atenta lectura de los testimonios que obran en los autos, se infiere rectamente:

"a) El límite temporal de la concepción; b) El vínculo sexual entre Isaac Aguilar Garavito y María Benita Suárez por los años de 1938 a 1943, y c) La estabilidad y notoriedad de tales relaciones sexuales, dentro de cuyo lapso tuvo ocurrencia el nacimiento de Guillermo Suárez.

"Por lo que el Tribunal ha de declarar probada la causal 4ª de la Ley 45 de 1936, sobre filiación natural".

III

El recurso extraordinario.

En relación con la causal 1ª, formúlanse cinco cargos por violación indirecta de ley sustancial, de los cuales dos por errores de hecho y los restantes por errores de derecho, en la apreciación de pruebas.

Cargos por errores de hecho.

Dice el recurrente: "Acuso la sentencia del Tribunal por manifiesto error de hecho en la apreciación de la poca prueba testimonial que le sirvió de base para declarar probada la causal de relaciones sexuales estables y notorias, entre la demandante y el señor Isaac Aguilar. Este error de hecho lo llevó a violar indirectamente el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, y a aplicar indebidamente el inciso primero del mismo, al declarar la filiación sin que exista la prueba de esas relaciones sexuales, y menos aún en forma notoria y estable, y concordantes con la época de la concepción, y a violar por indebida aplicación los artículos 18 y 28 de la misma Ley".

Y al respecto propone dos errores de hecho, a saber:

Primer error de hecho. En cuanto la sentencia afirma que "es evidente la uniformidad de conceptos, de observaciones y de hechos, reveladores todos de la existencia de tales relaciones", en las declaraciones de los testigos Luis Alfonso García Mendoza, Rosa Guerrero, Josefina Martínez, Efraím Moreno, Nieves Guerrero y Joaquín Laguna Ostias, salta a la vista "el manifiesto error de hecho al suponer el Tribunal que las declaraciones son 'uniformes' y prueban esos hechos".

A intento de desarrollar este reparo, el recurrente se aplica a destacar ciertos apartes de los referidos testimonios, para considerarlos, ya en sí mismos, ya confrontados unos con otros y concluír, según su saber y criterio propios, que ellos se contradicen y nada valen, ni prueban. Así, arguye lo siguiente:

Que el testigo García Mendoza dice que cuando la Suárez vivía en la calle 18 de Fontibón, lo hacía como señorita; que no sabía con quién vivía ella, sino únicamente la veía entrar y también al señor Aguilar, y no le consta que éste durmiese allí, y que eso lo presenció por espacio de un año, más o menos. De todo lo cual deduce que a este testigo no le consta nada sobre relaciones sexuales entre Aguilar y la Suárez;

que en cambio el testigo Laguna Ostias dice que cuando la Suárez se trasladó a la calle 18 estaba para caer a cama del niño, embarazo del cual no habla el anterior declarante; que con Laguna Ostias, Aguilar le enviaba a la Suárez dinero, lo que excluye que éste estuviera visitándola constantemente, aunque luego afirma el testigo que sólo dos veces le llevó dinero, y que este deponente sólo es concreto en cuanto a que la Suárez estaba para caer en cama cuando se trasladó a la calle 18, lo cual significa que nada le consta en cuanto a relaciones anteriores a la inminencia del embarazo; y que por último dice que conoce a la Suárez "hace unos quince años...", de que se deduce que tal testigo sólo la ha conocido desde 1945, aproximadamente;

que la testigo Rosa Guerrero manifiesta que la Suárez era una sirvienta de Aguilar o algo por el estilo, con lo cual contradice a los declarantes anteriores, según los cuales Aguilar la tenía como amante y no como sirvienta; que según la testigo Guerrero, Aguilar y la Suárez vivieron bajo un mismo techo, luego de haber tenido amistad, pero que no dice en qué año convivieron, ni cuándo comenzaron esas relaciones íntimas, en contradicción a los anteriores, que no afirman la convivencia bajo un mismo techo, sino que Aguilar la visitaba, y que esta testigo ni siquiera dice haberlos visto en una misma pieza o casa, antes del parto de la Suárez, ni explica por qué sabía de esas relaciones;

que la testigo Josefina Martínez expresa que conoció a Aguilar y la Suárez durante año y medio, desde 1938, y que en ese tiempo fue cuando nació el hijo de ella, todo eso en la calle 8ª, sin hablar siquiera de la casa de la calle 18, pero que García Mendoza dice que la Suárez vivía en la calle 18 como señorita, y Joaquín Laguna afirma que el nacimiento fue en la calle 18, a donde la Suárez se trasladó poco antes del parto, habiendo así contradicción entre estos dos testimonios y el primero; y que esta testigo supone las relaciones entre la Suárez y Aguilar, porque éste iba con frecuencia allá, lo que contraría también el dicho de los otros, según los cuales la visitaba mañana y tarde, y eso debiendo viajar en bicicleta desde Bogotá, regresar a medio día y volver por la tarde;

que según el testigo Efraín Moreno Aguilar ocupaba los servicios de la Suárez, lo que contradice los dichos de García Mendoza y de Laguna, aclarando aquél que la ocupaba siempre que ne-

cesitaba arrendar unas casas; que Aguilar y la Suárez convivieron juntos cinco años, contrariando así los testimonios de García Mendoza, Laguna y Josefina Martínez, según los cuales Aguilar apenas la visitaba; y que según el mismo Moreno, Aguilar desde 1936 vivía en Bogotá con su familia, con lo que contradice la afirmación anterior, de que éste convivía con la Suárez; y que luego manifiesta que Aguilar por ahí del año de 1935 para acá, hasta el de 1943, la ocupó en limpiar los vidrios, asear la casa, con lo cual el testigo contraría la afirmación de que en ese tiempo aquéllos mantenían relaciones sexuales y convivencia, inclusive;

que la testigo Nieves Guerrero depone: que conoció a la Suárez desde 1935, cuando estaba pequeña, lo que es opuesto a las afirmaciones de que en 1938 pudiera ser la amante de Aguilar, del que dice hacía tiempo que se trataba con ella, lo cual resulta absurdo; que sabe que el hijo es de Aguilar por cuanto, cuando la Suárez estaba en estado interesante, ellos salían en bicicleta, en 1938 a 1943, lo que también resulta absurdo y deja sin razón su afirmación de que le consten esas relaciones anteriores al embarazo; que después del nacimiento del niño, la Suárez se casó, y la testigo no sabe si Aguilar la siguió sosteniendo, lo cual contradice su propia afirmación y la de los declarantes anteriores, de que las relaciones duraron hasta 1943, puesto que el nacimiento fue en 1939; que la testigo manifiesta que desde 1945 estuvo viviendo en Fontibón, lo cual deja como mentira sus afirmaciones sobre hechos ocurridos allí antes de esa fecha, y desmiente la declaración de su propia madre Rosa Guerrero, porque tampoco ésta vivía en Fontibón hasta 1945, según su hija; y por último, que la testigo concluye diciendo que a Aguilar lo conoció hace unos 16 años y está declarando en 1956, lo que indica que apenas lo conoció desde 1940.

Segundo error de hecho. Se hace consistir en que "el Tribunal supone que las declaraciones tienen razón del dicho, que explican por qué les constan las relaciones sexuales y precisamente durante 1938 y 1939, y por qué fueron notorias o públicas. Y halló probados esos hechos". Pero resulta que de la simple lectura de las declaraciones aparece en forma protuberante "que ellas carecen totalmente de razón del dicho, ya que en verdad las afirmaciones que en algunas aparecen de haber existido relaciones sexuales entre Aguilar y la Suárez, desde 1938 hasta 1943, son simples repeticiones literales de la pregunta, sin que se diga cuándo ocurrieron en realidad y mucho menos cómo las conocieron".

Como argumento de lo cual, invoca el recurrente varias de las críticas hechas por él mismo en el parágrafo anterior a los ya referidos testimonios. De donde deduce que erró manifiestamente el Tribunal al decir que aparecen probadas la estabilidad y notoriedad de las relaciones sexuales entre Isaac Aguilar y Benita Suárez. Porque en lo tocante con la notoriedad "ninguno de los testigos dice que Aguilar ostentara en Fontibón relaciones sexuales con la Suárez; ninguno dice que fuera conocido del vecindario que fueran concubinos o amantes; deponen algunos sólo acerca de visitas furtivas y ocasionales, manteniendo el hecho de ser ella una especie de sirvienta para atender las casas cuando lo necesitaban..."; y porque, en lo referente a la estabilidad de las relaciones, "ninguno de los testigos afirma que hubieran sido permanentes, ni que precisamente durante los años 1938 y 1939 hubieran visto constantemente a Aguilar durmiendo en la pieza o casa de la Suárez, ni besándola, ni abrazándola, ni teniendo ninguna manifestación amorosa con ella... Pero si lo hubieran dicho tampoco serviría su dicho para nada, pues no explican por qué les pudiera constar, ya que no narran hechos constitutivos, por sí de esa publicidad y esa estabilidad en las relaciones".

"Y si a eso se suma la prueba llevada por los demandados, consistente en declaraciones contestes en el sentido de que Aguilar vivía en Bogotá, que no podía convivir con la demandada (sic), que apenas iba de vez en cuando a Fontibón, el absurdo de haber admitido esas conclusiones resulta más patente. También esas declaraciones de los testigos de la parte demandada fueron apreciadas con manifiesto error de hecho por el Tribunal. Son las de Josías Rodríguez, Emilio Matuk, Jorge Fernando Díaz, Rosendo Gaviria, Antonio Mallarino, todas en el cuaderno número 3".

Se considera:

Sabido es que, tratándose de la censura de una sentencia en casación, por error manifiesto de hecho en la estimación probatoria, inductivo al quebranto de la ley sustancial, el recurrente está obligado a demostrar la ocurrencia cierta del yerro que alega, consistente, ya en que el juzgador haya ignorado un elemento de prueba actuante en el juicio, ya en que haya supuesto uno que no existe, con el resultado, si lo primero, del desconocimiento de un hecho formalmente esta-

blecido por el medio ignorado y, si lo segundo, con el de la admisión de un hecho sin fundamento alguno en el proceso. Tal el sistema del error de hecho en las previsiones de la segunda parte del ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial, que coloca así al impugnante en la necesidad de señalar singularmente, bien el elemento de prueba ignorado por el sentenciador, bien el medio imaginado por éste, haciendo patente en cada caso el error objetivo cometido en la estimación del correspondiente elemento de prueba.

Pero no es esto lo que ocurre en la formulación de los dos cargos que se estudian, en cuanto por ellos se acusa de error de hecho a la sentencia, por haber estimado que los testimonios en que la misma se basó para dar por probadas las relaciones sexuales estables entre Isaac Aguilar Garavito y María Benita Suárez durante el período correspondiente a la concepción de Guillermo Suárez, son uniformes y tienen la razón de lo dicho.

Ciertamente, con vista a esta forma de impugnación, el recurrente, como atrás se anotó, entresacó de aquellas deposiciones varios pasajes, para contemplarlos y cotejarlos según su sentir crítico, conducente a una estimación global del haz probatorio, contraria a la del sentenciador. Pero no se ha alegado que éste hubiera visto determinadas declaraciones en forma distinta a como aparecen en el proceso, haciéndoles decir lo que ellas no expresan, que de haber esto sucedido habría tenido que demostrarse el yerro, planteando el confrontamiento entre lo que el sentenciador dijo o supuso que cada declaración rezaba y su respectivo texto en el proceso, considerado en su integridad, para establecer así la contradicción evidente entre lo uno y lo otro. Mas el sistema de la acusación propuesta ha sido el de destacar ciertos apartes de las declaraciones, para, analizándolos primero singular y fragmentariamente y confrontándolos luego entre sí, deducir una conclusión desfavorable al mérito de la prueba en conjunto y oponible, en sentir del impugnante, a la acogida por el Tribunal.

Mas, si la forma de acusación que se contempla fuese de recibo en este cargo, aún así se tendría: que los testigos de la parte actora, al deponer sobre las diversas manifestaciones de una situación de tracto sucesivo comprensiva de varios años, declararon cada uno sobre lo que percibió o entendió de las relaciones entre Aguilar Garavito y la Suárez, sin que, por lo tanto, pudiera exigirse uniformidad sobre aspectos distintos; que según unos de los deponentes, o sea Luis Alfonso García Mendoza y Josefina Martínez, Aguilar frecuentaba a la Suárez visitándola en su alojamiento, aunque el primero habla de la calle 18 y la segunda de la calle 8ª de Fontibón; que para la declarante Rosa Guerrero, Aguilar y la Suárez vivieron bajo un mismo techo, primeramente en la calle 8ª y luego en la calle 18; que otros, o sea Laguna Ostias y Nieves Guerrero, los veían salir en bicicleta; que la mayoría de los declarantes sitúan las relaciones de Aguilar y la Suárez entre los años de 1938 y 1943, abarcando el lapso de la concepción de Guillermo Suárez, a excepción de García Mendoza, que no determina lapso alguno concreto; que los testigos, en su generalidad, dan en una u otra forma las razones de sus dichos, unas de éstas comunes a todos, como las de ser vecinos del lugar y conocer personalmente a Aguilar Garavito y a la Suárez, y luego: García Mendoza, Laguna Ostias y Nieves Guerrero dan como razón el haber visto cada uno lo que respectivamente declara acerca de las relaciones entre Aguilar y la Suárez; Josefina Martínez, el haber vivido en una pieza arrendada en la misma casa de la calle 8ª, en que vivía la Suárez; Rosa Guerrero, el haber atendido como partera, pagada por Aguilar Garavito, el caso de María Benita, y hablado con el mismo lo relatado por la testigo.

Como lo enseña la doctrina jurisprudencial, "no es la casación ulterior grado en el jucio, sino recurso extraordinario y estricto, donde se presume que está conforme a derecho la valoración probatoria efectuada por el Tribunal. Y si se agrega que no sólo son de restricta interpretación las causales para declarar la paternidad natural, sembrada siempre en campos de incertidumbre, sino además que las establecidas por los ordinales 4º y 5º, artículo 4º de la Ley 45 de 1936, arrancan de inferencias simples, cuyo alcance y recóndito significado se aprecia por el juzgador en el recinto íntimo de su propia conciencia, surge con extraordinaria nitidez el dilatado poder discrecional de que se encuentra provisto por la ley el sentenciador en la instancia, quien decide en último término sobre cuestiones que se refugian dentro de su fuero interno. Por ello no dejan margen propicio al recurso de casación, salvo en los casos extraordinarios y extremos en que se demuestre contraevidencia procesal o palmario error de hecho en la sentencia acusada". (Cas. 26 de abril de 1955, LXXX, 2153, págs. 59 a 62).

Además, en cuanto las tachas se encuentran propuestas por no ser los testimonios uniformes, ni dar la razón de los dichos, ello predica relación directa a las calidades imperadas por la ley

para el valor de la prueba testimonial. Lo que significa que estos reparos estrictamente corresponderían a una acusación por error de derecho probatorio, no planteada en este capítulo del libelo.

Tampoco está llamado a prosperar el reparo que en este mismo capítulo viene propuesto por error de hecho en la apreciación de las declaraciones de Josías Rodríguez, Emilio Matuk, Jorge Fernando Díaz, Rosendo Gaviria y Antonio Mallarino, producidas por la parte demandada, y según las cuales el señor Aguilar Garavito vivió hasta su muerte en la ciudad de Bogotá, en donde residía con su familia, porque no demuestra el impugnante que el sentenciador hubiera visto esos testimonios en forma distinta a como aparecen en el proceso, haciéndoles decir lo que éstos no expresan; antes bien, el Tribunal admitió lo que ellos afirman, para deducir la conclusión de que "las relaciones sexuales pueden existir sin que sea necesario la comunidad de habitación entre los amantes, es decir, que ellas pueden existir sin que el concubino tenga que abandonar su legítimo hogar. De ahí la razón por la cual el dicho unánime de los declarantes en cuanto a que el señor Aguilar jamás abandonó su hogar, no puede desvirtuar la existencia de las relaciones sexuales que dieron como fruto a Guillermo Suárez". Y esta conclusión del juzgador no es censurable.

Cargos por errores de derecho.

Están formulados textualmente así:

a) "Error de derecho en la apreciación de la misma prueba testimonial, por violación de los artículos 697 del Código Judicial, en cuanto exige que los testigos concuerden en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, y que sean dos por lo menos, para que hagan plena prueba sus dichos; pues aquí no hay dos que digan lo mismo, que afirmen siquiera hechos iguales, y mucho menos que den la razón de tiempo, modo y lugar de sus afirmaciones sobre relaciones sexuales estables y notorias. De manera que se dejó de aplicar ese texto legal, pues de haber sido aplicado el Tribunal habría concluído negándole todo mérito a esas declaraciones".

b) "Y error de derecho por violación del artículo 701 del Código Judicial, al dejarlo de aplicar el Tribunal para negarle mérito a esas declaraciones, ya que todas se contradicen notoriamente, no sólo sobre los hechos mismos, sino sobre sus circunstancias importantes".

c) "Por último, error de derecho por violación del artículo 702 del Código Judicial, que el Tribunal no tuvo en cuenta para nada en presencia de las graves contradicciones que existen entre los dichos de los testigos de la parte demandante, y entre éstos y los de la parte demandada".

"Todos esos errores de derecho en la prueba —agrega el impugnante— condujeron al Tribunal a violar indirectamente y por indebida aplicación el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, en su inciso primero y su ordinal 4º, y los artículos 18 y 28 de la misma Ley, y por falta de aplicación el artículo 29, ibídem".

Se considera:

a) Siendo así que, según atrás está visto, los testimonios en que el Tribunal fundó su conclusión, admitente de las relaciones sexuales estables y notorias entre Isaac Aguilar Garavito y María Benita Suárez en el período de la concepción del actor Guillermo Suárez, versan sobre hechos varios ocurridos dentro de un determinado espacio de tiempo, y que los declarantes, en su generalidad, dan en una u otra forma la razón de sus dichos, no resulta viable el ataque por violación del artículo 697 del Código Judicial.

Porque cuando este precepto dispone que "dos testigos hábiles que concuerdan en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, forman plena prueba en los casos en que este medio es admisible conforme a la ley", estrictamente se refiere a la prueba testimonial autónoma o directa de un hecho simple, que ha de aparecer idéntico a sí mismo en las deposiciones de los testigos, las que, por lo tanto, deben ser —no uniformes, lo que sería una condición externa no exigida por la ley, y que podría aun tornarse en contraindicante de la credibilidad del testimonio—, sino *concordantes,* es decir, armónicas o coincidentes acerca de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que sucediera el hecho declarado. Pero cuando lo que se trata de demostrar a través de testimonios es una situación compleja o continua, de repetición mantenida o tracto sucesivo, entonces, si no se ofrece la pluralidad testimonial perfecta sobre cada uno de los hechos simples que constituyen los diversos eslabones de la cadena, cabe reconocer su mérito a la diversidad acumulativa de los testimonios, con derivación sobre el campo de la prueba indiciaria y apoyo en los artículos 696 y 662 y demás concordantes del Código Judicial.

A este respecto y en reiterada doctrina ha dicho la Corte lo siguiente:

"Tratándose de probar con testigos hechos repetidos o crónicos, no es posible exigir la concurrencia de dos testigos, por lo menos, respecto de cada hecho aislado. El hecho que se trata de probar no es entonces deducido de un solo acto sino de una serie de actos de que dan fe los testigos, concurriendo todos a demostrar el hecho principal. Los testimonios apreciados en estos casos como presunciones, según el artículo 606 del Código Judicial, se complementan unos a otros, concurriendo todos a determinar la convicción *(Gaceta Judicial,* Tomos XXVII, pág. 66; XXXII, pág. 409; XXII, pág. 409; número 1392, pág. 66)" —Cas. 22 julio 1953, LXXV, 2131, pág. 630 a 635—.

"La ley acepta, en efecto, que cuando el testimonio humano no puede considerarse como plena prueba, como en los casos de los artículos 696 y 702 del Código Judicial, el Juez pueda considerar ese testimonio como un indicio de la realidad de los hechos declarados por los testigos". (Cas. 23 marzo 1954, LXXVII, 2138-2139, págs. 114 a 123).

En la especie *sub judice,* el sentenciador expresó que, si bien los declarantes, en razón de su escasa cultura, del tiempo en que se sucedieron los hechos que exponen y de la modalidad de los mismos, no llegaron a verter en forma cronológica, hilvanada y detallada todo el cúmulo de sus experiencias respecto de las relaciones entre Aguilar Garavito y la Suárez, con todo estima evidente "la uniformidad de conceptos, de observaciones y de hechos, reveladores todos de la existencia de tales relaciones", y en tal virtud concluyó: "que de la atenta lectura de los testimonios que obran en los autos, se infiere rectamente: a) El límite temporal de la concepción; b) El vínculo sexual entre Isaac Aguilar Garavito y María Benita Suárez, por los años de 1938 a 1943, y c) La estabilidad y notoriedad de tales relaciones sexuales dentro de cuyo lapso tuvo ocurrencia el nacimiento de Guillermo Suárez".

Quiere decir que el proceso dialéctico del juzgador fue el de la inferencia, esto es, que dio a los testimonios en conjunto el tratamiento legal, no de la prueba directa que se confina en el campo del artículo 697 del Código Judicial, sino el de la indiciaria autorizado por los otros textos legales ya referidos, de todo lo cual resulta que no hay lugar al cargo por quebrantamiento del dicho artículo 697.

b) Tampoco se abre paso el reparo por violación del artículo 701 del Código Judicial, por las siguientes razones: el recurrente se limita apenas a manifestar que todas las declaraciones en que se fundó el sentenciador "se contradicen notoriamente, no sólo sobre los hechos mismos, sino sobre sus circunstancias importantes". Pero no singulariza cuáles sean las contradicciones en que cada declaración en sí misma incurre, que tendrían que ser no sólo visibles al ojo, sino notables, es decir, relativas a los hechos sustanciales del testimonio o a sus circunstancias importantes. No se cumplen así los requisitos del ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial en cuanto a especificación de la prueba mal apreciada y determinación del concepto en que lo ha sido, exigencias en virtud de las cuales resulta improcedente acusar en casación a través del planteamiento global del problema probatorio, en busca de que la Corte se forme una convicción distinta de la obtenida por el Tribunal.

c) Finalmente, la misma observación que acaba de hacerse acerca del reparo anterior puede oponerse a la tacha por quebrantamiento del artículo 702 del Código Judicial, que viene formulada, sin demostración alguna en concreto, porque, según el impugnante, el Tribunal no tuvo en cuenta las contradicciones existentes entre los dichos de los testigos de la parte demandante, y entre éstos y los de la demandada. A lo que podría agregarse que, como ya se vio, al despachar el cargo por error de hecho en la apreciación de las declaraciones producidas por la parte demandada, el Tribunal no las trató como contradictorias con las del actor, sino que encontró que el hecho demostrado por las unas no era incompatible con el acreditado por las otras, apreciación ésta atributiva de la autonomía del sentenciador y no desvirtuada por error de hecho evidente. No tratándose, pues, de dos grupos de declaraciones contradictorias sobre un mismo idéntico hecho, no se está en el campo del artículo 702, que por lo mismo no ha podido ser susceptible de quebranto.

RESOLUCION:

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha diez y siete (17) de mayo de mil novecientos sesenta (1960), proferida en el

presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas en casación a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial*, y vuelva el proceso al Tribunal de origen.

Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velasco, José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava. — Alejandro Bernate, Conjuez, *Ernesto Escallón Vargas,* Conjuez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

MINAS

Prospectación, exploración o explotación. — Obligaciones del minero y del dueño de la tierra, o colono o cultivador de baldíos. — Aviso al propietario de la tierra sobre la explotación de la mina.

El sistema legal (Ley 13 de 1937) es nítido, justo y equitativo. Impone a las partes sendas obligaciones principales que se equilibran recíprocamente. Al dueño que explota económicamente sus campos, o al colono o cultivador que con siembras o ganados ocupa tierras baldías, el deber jurídico de no oponerse en ningún caso a la prospectación, exploración o explotación de minas que afecten sus respectivas heredades. Y al minero interesado, la obligación de caucionar suficientemente el pago del valor de los perjuicios que con la prospectación o exploración de minas ocasione al titular de los terrenos o cultivos; o de pagar anticipadamente por períodos de seis meses el valor calculado del perjuicio en el mismo lapso, si el dueño o cultivador así lo exigiere, cuando se trata ya de la explotación y no simplemente de la prospectación o exploración de la mina.

Este juego de obligaciones mutuas en posición de equilibrio demuestra con extraordinaria claridad que el aviso del minero al dueño o cultivador de tierras, necesario según la ley, no es otra cosa que la noticia fidedigna y seria de su disposición y actual allanamiento a cumplir su deber legal de garantía del pago de perjuicios en los casos de prospectación o exploración; o de anticipar el pago de los daños por períodos de seis meses, si de explotación de la mina se trata.

Así queda cerrado el campo al abuso del derecho, bien del dueño o cultivador de tierras en contra del interés general anexo al laboreo de las minas, o bien de los que se ocupan en buscar aluviones de metales preciosos, quienes se ven lejos del papel de merodeadores con el pretexto de prospectar, explorar y explotar minas, merodeo que iría en menoscabo del plano de seguridad y sosiego que exige el adecuado desarrollo de la economía campesina.

En ausencia de aviso personal, que es obviamente el determinado por la ley, de ninguna manera podía verse satisfecho ese requerimiento por el dato impersonal y por demás equívoco de unas eventuales inscripciones metálicas colocadas en estacas o clavadas en árboles, sin saberse cómo ni cuándo o a virtud de qué autorizaciones, o si fueron puestas a la luz del día o en clandestinidad.

Aún menos una querella de policía entre las mismas partes podría entenderse, real o virtualmente, como el aviso previo del minero de estar allanado a cumplir sus obligaciones legales para iniciar y proseguir determinada explotación aluvial de metales preciosos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, treinta (30) de noviembre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez).

Después de dos correcciones del libelo, la primera ordenada por el Juez, y la segunda en la respectiva oportunidad procesal, la Sociedad Ordinaria de Minas "Nelly Mar" abrió el presente juicio contra Emilia Santamaría viuda de Vélez y Grabriela Vélez Santamaría, con afirmaciones de hecho que pueden extractarse y compendiarse así:

a) La sociedad demandante tiene una mina de oro de aluvión conocida con el nombre de "Nelly Mar", con superficie de 2 por 5 kiló-

metros sobre la línea del Ferrocarril de Antioquia, del kilómetro 13 al 18, y en parte superpuesta al fundo de "Niquía", de propiedad de las demandadas, o sea del kilómetro 14 al 15 de la misma vía férrea como longitud, por 2 kilómetros de latitud a lado y lado del río Medellín;

b) No obstante lo dispuesto por el artículo 4º de la Ley 13 de 1937, las demandadas Santamaría viuda de Vélez y Vélez Santamaría enviaron por dos veces a su mayordomo a oponerse a la explotación de la mina "por las vías de hecho y por actos violentos, sacando a la fuerza a los mineros y destruyendo las obras emprendidas para el laboreo de la mina" en el paraje de "Fontibón", "donde se habían iniciado los trabajos o cimientos de una ramada que se iba a construír, de adobes y cemento, para lo cual se habían llevado ya varios materiales, hojas de hierro galvanizado para cubrir el techo de la ramada y otros implementos";

c) Como consecuencia, "no se ha podido dar comienzo a dicho laboreo, siendo así que están por cuenta de la mina cinco mineros desde el 4 de agosto del año próximo pasado (1958), y una maquinaria paralizada, perdiendo el tiempo de producir el dinero suficiente, es decir, el daño emergente y el lucro cesante, para su sostenimiento y los jornales del personal destinado a manejarla...".

De donde demandó "en juicio por los trámites de la vía ordinaria, a la señora Emilia Santamaría viuda de Vélez y a su hija Emilia (sic) Vélez Santamaría, mayores de edad y vecinas de Medellín, con residencia en la Calle de Bolivia número 48-20, teléfono número 288-39, para la indemnización de daños causados por la perturbación o despojo de la posesión de la mina, cuyos perjuicios estimo en la suma de $ 160.000; por los daños o perjuicios causados por el mayordomo de dichas demandadas, señor Samuel Velásquez, mayor de edad y vecino de Bello, por la orden de oposición dada a éste por las demandadas; y en subsidio, para el caso de que no se acepte la estimación de los daños y perjuicios causados por la perturbación o despojo, que regulan la cuantía de la demanda, deberá ser regulada por peritos...".

Las demandadas contestaron en el sentido de que la compañía no se entendió con ellas para la explotación de la mina; y de que no impartieron órdenes a su mayordomo Velásquez. A su turno afirmaron que el fondo de la cuestión estriba en el propósito de la sociedad minera de explotar el cauce del río Medellín y sus playas para extraer arenas, piedras y cascajos sin la respectiva autorización del Ministerio de Fomento, a quien corresponde conceder licencia de esa índole por tratarse de bienes de uso público, y puesto que en la adjudicación de la mina "Nelly Mar" se excluyó de modo expreso y terminante el alvéolo del río; licencia que en realidad ha sido otorgada por el Gobierno a terceras personas.

Puso fin al litigio en primera instancia el pronunciamiento del 4 de abril de 1961, en que el Juez 3º Civil del Circuito de Medellín absolvió a las demandadas e impuso costas a la actora. El Tribunal Superior de aquel Distrito Judicial profirió sentencia confirmatoria de fecha 9 de agosto de 1961, para cerrar el segundo grado, abierto por apelación de la sociedad demandante, la que interpuso el recurso extraordinario que ahora decide la Corte.

La sentencia impugnada.

Con respecto al artículo 4º de la Ley 13 de 1937, como apoyo de la acción, el sentenciador, después de transcribir la norma y examinar sus elementos, pasa a referirse a la cuestión probatoria, y dice:

"Con el propósito de acreditar, la parte demandante, que había dado el aviso de que trata el artículo 4º de la Ley 13 de 1937, a las demandadas, solicitó en el memorial de pruebas de julio 27 de 1959 que se examinaran bajo juramento a varios testigos que al efecto presentó".

A renglón seguido estudia cada una de las declaraciones de Manuel Vásquez Vergara, Juan de Dios Mejía, Ramón Builes y Joaquín Builes, copia lo pertinente de sus respectivos relatos, y continúa:

"Solamente el señor Jairo Arango, en su atestación de folios 9, afirma que presenció en su carácter de minero al servicio de las minas 'Nelly Mar', que antes de iniciarse las labores se les dio aviso a los dueños del terreno de la ubicación de las minas que se iban a comenzar los trabajos de explotación. Al ser repreguntado se sostuvo en su afirmación".

Y comenta:

"Como se observa, la mayor parte de las personas citadas como testigos por la parte demandante son dependientes o asalariados de la Sociedad Ordinaria de Minas 'Nelly Mar', lo que está indicando que no tienen la libertad e independencia necesarias para deponer, por parcialidad que se supone conforme al artículo 669 del Código Judicial.

"Además, algunos de esos deponentes desconocén si efectivamente las directivas de la sociedad minera le dieron el aviso correspondiente a las demandadas de que se iban a iniciar las labores de explotación de la mina en terrenos de su propiedad, y otros se contradicen, puesto que después de afirmar que les consta personalmente que las demandadas fueron informadas verbalmente de que se iban a iniciar las labores mineras en el tramo correspondiente a la hacienda 'Niquía', al ser repreguntados manifiestan que desconocen si realmente recibieron el aviso del comienzo de las labores de explotación".

Por otra parte, se ocupa en el contexto de la demanda inicial y sus correcciones, para deducir que se ha planteado la responsabilidad por culpa directa de las demandadas, a virtud de órdenes perentorias impartidas a su mayordomo "para que mediante el empleo de la fuerza impidiera la ejecución de las labores de explotación de la mina", lo cual no encuentra probado en el proceso.

La impugnación.

El recurrente aduce cinco cargos por la causal 1ª, así:

I. "Error manifiesto en la interpretación de la demanda", y se refiere a que el Tribunal tomó como directa la responsabilidad atribuída a las demandadas, cuando en sentir del recurrente se trata en el libelo de responsabilidad civil indirecta por la actuación del mayordono. De lo cual desprende indebida aplicación del artículo 4º de la Ley 13 de 1937, en vez de regir los hechos por los artículos 1612 a 1615 y 2347 y 2349 del Código Civil, sobre lo cual expresa:

"El último texto civil impone al patrón la obligación de demostrar que no podía con su autoridad y cuidado impedir el indebido comportamiento del empleado, cosa que no sucedió en el caso de autos, pues, al contrario, habiendo tenido necesario conocimiento de que por la primera intervención ilegal por la fuerza del mayordomo se había seguido una querella de policía, sin embargo, no impidieron las demandadas que posteriormente repitiera sus desmanes. Se violaron también los artículos 385 y 442 del Código de Minas".

II. "Error manifiesto en la apreciación de la prueba testimonial y copias de querella de policía", en cuanto el Tribunal alude a que en su mayoría los testigos de la parte demandante son dependientes o asalariados de la sociedad minera, lo que hace sospechosas sus declaraciones, cuando el recurrente encuentra que a tiempo de rendirlas ya no tenían ese carácter. Y deduce:

"De modo que el manifiesto error está protuberante. El Tribunal vio la manifestación de ser trabajadores en el presente, cuando todos los señalados hablaron de haberlo sido en el pasado. Ese error llevó al Tribunal a aplicar indebidamente y violarlo, en consecuencia, el artículo 669 del Código Judicial, que expresamente lo invoca (f. 26 v. del fallo), y consecuencialmente a dejar de aplicar los artículos 1612 a 1615, 2347 y 2349 del Código Civil, y a no aplicar el artículo 4º de la Ley 13 de 1937 en cuanto impone la prohibición de perturbar al minero una vez recibido el aviso, que el Tribunal consideró aplicable fundamentalmente al caso. Normas todas violadas. Lo mismo que los artículos 385 y 442 del Código de Minas".

Invoca también error manifiesto en "no ver demostrado el hecho del aviso a las dueñas de la finca, error que se extiende a la no apreciación de las copias de las diligencias de amparo de policía, en donde se contiene ese aviso plenamente. Y en demostración de este aserto, toma las declaraciones de los testigos a que el sentenciador se refiere, y después alega:

"Por tres conductos se dio el aviso: de palabra a las dueñas; por avisos metálicos; después de consumado el primer atropello del mayordomo, porque el mismo incidente lo dejó más que avisado, máxime las diligencias de policía siguientes, de modo que al reiniciarse los trabajos, luego de todo ello, el aviso estaba superabundantemente cumplido".

Con lo cual estima violado el artículo 4º de la Ley 13 de 1937, al abstenerse el sentenciador "de aplicarlo con sus consecuencias legales", lo mismo que los aludidos artículos del Código Civil.

III. *"Error de derecho"*. Dice el recurrente:

"Si el Tribunal no incurrió en los errores de hecho anteriormente señalados, entonces incurrió en el de derecho de considerar que el artículo 669 del Código Judicial hace sospechosos a los declarantes que 'fueron' dependientes de la parte, cuando se refiere a los que lo 'son' al momento de declarar; igualmente en el de estimar que ese texto se puede aplicar en forma tan estricta, como para invalidar las declaraciones de empleados de una parte que debieron presenciar los testigos y sólo ellos...

"El otro error de derecho es haber interpretado el artículo 4º de la Ley 13 de 1937 como si exigiera un especial aviso, en forma que el de las

planchas fijadas con leyendas plenamente claras no fuera suficiente, y tampoco el que, para la segunda iniciación de labores, representaba el conflicto que con la primera había existido dentro de la finca y con el mayordomo, y luego todas las diligencias policivas de amparo.

"Esos dos errores, amén de hacerlo violar los dos textos citados, llevaron al Tribunal a la violación por falta de aplicación de los artículos 385 y 442 del Código de Minas, 1612 a 1615 del Código Civil, y 2347 y 2349 del mismo Código Civil".

IV. "Violación directa de los artículos 2347 y 2349 del Código Civil".

Consiste el reparo en que el Tribunal, cuando halló necesaria la probanza de que las demandadas instruyeran e impartieran órdenes al mayordomo de la hacienda "Niquía" para que por la fuerza impidiera los trabajos de la sociedad minera, desconoció los textos en cita que :"imponen la responsabilidad al patrón, por el hecho del dependiente, sin necesidad de que éste obre por haberle aquél impartido órdenes especiales para ejecutar el hecho dañoso". "Esto —agrega— equivale a desvirtuar totalmente la teoría de la responsabilidad indirecta que se consagra en esos textos".

V. "Error manifiesto de hecho al no ver probada la tolerancia y aquiescencia de las demandadas a la conducta de su mayordomo y, por tanto, su responsabilidad directa".

Al efecto se expresa así:

"Este error gravita sobre las mismas declaraciones citadas en los cargos anteriores, de modo que sobra repetirlas. El hecho de que el mayordomo obrara a nombre de aquéllas; de que su cargo hacía que las representara en los asuntos de la finca; de que hubieran mediado hechos tan notorios y públicos como los primeros incidentes, al iniciarse la primera vez las labores y la querella por amparo, todo lo cual constà en esas declaraciones y en las copias de tal querella, sobre la cual también se incurrió en el mismo error de hecho al no apreciarla, pone de manifiesto la tolerancia o aquiescencia de las demandadas a esa conducta, por dos veces repetida, ilegal y violenta, de su mayordomo...

"Esa tolerancia o aquiescencia implica ya una responsabilidad directa de las demandadas, de modo que no aplicar el Tribunal los artículos 4º de la Ley 13 de 1937, 385 y 442 del Código de Minas, y 2341, 2342, 2343 del Código Civil los violó indirectamente, pues de aplicarlos en forma correcta hubiera dado por suficiente aviso ese conocimiento que las demandadas tuvieron de las primeras labores de la empresa (dentro de su concepto errado de que era obligatorio probar ese aviso) y hubiera tenido por demostrada la responsabilidad directa de las demandadas por esa conducta culposa para condenarlas a la indemnización correspondiente. Lo último indica que resultan violados también, indirectamente, los artículos 1612 a 1615 del Código Civil por falta de aplicación".

Esos cinco cargos fueron replicados en oportunidad por la parte opositora.

Se considera:

1. Sobre la cuestión controvertida rige de manera específica el artículo 4º de la Ley 13 de 1937, que en lo pertinente estatuye:

"*Artículo 4º* La prospectación, exploración y explotación de minas puede ejercerse en todo el territorio de la República con sujeción a las disposiciones legales que regulan la materia. Mas cuando hayan de verificarse en terrenos de propiedad particular, cultivados o destinados a la cría o ceba de ganados en forma permanente, o en baldíos ocupados por cultivadores o colonos, será necesario dar aviso al dueño u ocupante de tales terrenos o cultivos, quien no podrá oponerse en ningún caso, pero sí hacerse pagar del interesado los perjuicios que se ocasionen. Cuando los terrenos de propiedad particular estuvieren cultivados por individuos distintos de los dueños, la indemnización de perjuicios comprenderá por separado a los dueños y a los cultivadores.

"Cuando se trate de prospectación o exploración, el interesado garantizará con una caución suficiente el pago del valor de los perjuicios que se ocasionen al dueño de los terrenos o cultivos. Respecto a los perjuicios por daños en los terrenos o en las mejoras con trabajos de explotación, el dueño de éstas o de aquéllos puede exigir que el valor de las indemnizaciones se pague anticipadamente, por períodos de seis meses, según el daño que se calcule en este período. Si las partes no convinieren otra cosa, se hará ante el Alcalde del Municipio donde esté situada la mina un avalúo provisional e inapelable por peritos designados de conformidad con el artículo 705 del Código Judicial. El pago se hará inmediatamente de acuerdo con ese avalúo, sin perjuicio de que las partes puedan pedir revisión de éste por los procedimientos establecidos en los Capítulos XIII y XXV del Código de Minas...".

2. El sistema legal es nítido, justo y equitativo. Impone a las partes sendas obligaciones principales que se equilibran recíprocamente. Al dueño que explota económicamente sus campos, o al colono o cultivador que con siembras o ganados ocupa tierras baldías, el deber jurídico de no oponerse en ningún caso a la prospectación, exploración o explotación de minas que afecten sus respectivas heredades. Y al minero interesado la obligación de caucionar suficientemente el pago del valor de los perjuicios que con la prospectación o exploración de minas ocasione al titular de los terrenos o cultivos; o de pagar anticipadamente por períodos de seis meses el valor calculado del perjuicio en el mismo lapso, si el dueño o cultivador así lo exigiere, cuando se trata ya de la explotación y no simplemente de la prospectación o exploración de la mina.

3. Este juego de obligaciones mutuas en posición de equilibrio demuestra con extraordinaria claridad que el *aviso* del minero al dueño o cultivador de tierras, necesario según la ley, no es otra cosa que la noticia fidedigna y seria de su disposición y actual allanamiento a cumplir su deber legal de garantía del pago de perjuicios en los casos de prospectación o exploración; o de anticipar el pago de los daños por períodos de seis meses, si de explotación de la mina se trata.

4. Así queda cerrado el campo al abuso del derecho, bien del dueño o cultivador de tierras en contra del interés general anexo al laboreo de las minas, o bien de los que se ocupan en buscar aluviones de metales preciosos, quienes se ven lejos del papel de merodeadores con el pretexto de prospectar, explorar y explotar minas, merodeo que iría en menoscabo del plano de seguridad y sosiego que exige el adecuado desarrollo de la economía campesina.

5. La compañía minera "Nelly Mar" no ha traído al proceso ningún elemento demostrativo de haberse allanado a cumplir sus deberes legales con motivo de la explotación de la mina que afecta el fundo de "Niquía", de propiedad de las demandadas. De donde emerge que en lo jurídico su posición está sin base para pretender que la contraparte se hallara en la necesidad de cumplir su obligación recíproca legal de no oponerse a los trabajos de la empresa minera. Con lo cual su demanda indemnizatoria carece de causa y no estuvo llamada a prosperar.

6. Con criterio permisivo el sentenciador se detuvo en el estudio de los testimonios atinentes al invocado aviso que recibieran las propietarias de aquellas tierras, acerca del propósito de la compañía, de adelantar la explotación de la mina. No encontró las declaraciones hábiles en sí mismas para demostrar que noticia de alguna índole recibieran a ese respecto las interesadas. Aparte de que en la tarea crítica del testimonio, de incumbencia exclusiva del sentenciador, encontrara margen de sospecha en la dependencia laboral habida entre los declarantes y la sociedad minera. A lo que cabría agregar el interés personal de los testigos en verse libres de responsabilidad por hechos realizados en bienes ajenos.

7. En ausencia de aviso personal, que es obviamente el determinado por la ley, de ninguna manera podía verse satisfecho ese requerimiento por el dato impersonal y por demás equívoco de unas eventuales inscripciones metálicas colocadas en estacas o clavadas en árboles, sin saberse cómo ni cuándo o a virtud de qué autorizaciones, o si fueron puestas a la luz del día o en clandestinidad.

Aún menos una querella de policía entre las mismas partes podría entenderse, real o virtualmente, como el aviso previo del minero de estar allanado a cumplir sus obligaciones legales para iniciar y proseguir determinada explotación aluvial de metales preciosos.

8. No ha desconocido el sentenciador, con error de hecho, la existencia y el texto mismo de los testimonios a que el recurrente alude. Y si el Tribunal con esas mismas declaraciones no halló probado el aviso de la empresa a las propietarias para proceder al laboreo de la mina, está exento de error de derecho quien, como el sentenciador de Medellín, apenas aparece dentro del ejercicio de los poderes críticos de que está dotado por ley para la valoración del testimonio.

Y como la legitimación de la sociedad "Nelly Mar" arrancaría de que por su parte hubiese cumplido los deberes de ley para emprender la explotación de la mina, cosa que cae dentro del ámbito probatorio, ningún quebranto directo de normas sustanciales puede predicarse.

Por todo lo cual no aparece fundada la censura.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha 9 de agosto de 1961, proferida en el pre-

sente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial*, y vuelva el proceso al Tribunal de su origen.

Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velasco, Enrique López de la Pava, José Hernández Arbeláez. - José María Esguerra Samper, Conjuez; *Pedro Castillo Pineda,* Conjuez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

RESCISION DE LA COMPRAVENTA

Legitimación pasiva en causa. — La agencia oficiosa. — Acción y pretensión.

1. El pedimento de los presuntos beneficiarios de la rescisión de un contrato de compraventa debe dirigirse precisamente contra quienes forman la otra parte contratante. Ello incide en la legitimación pasiva en causa, sin la que es imposible proveer el pronunciamiento judicial de la pretendida nulidad, restitutoria de las partes al estado precontractual.

A falta de esa legitimación pasiva en la causa, resulta de manifiesta inoficiosidad cualquier estudio de pruebas tendiente a saber si el vicio del consentimiento por temor nacido de la coacción, alegado en el presente caso, afectó o no el negocio jurídico señalado en la controversia.

2. Según el recurrente parecería que la agencia oficiosa sólo tiene ocurrencia cuando el mandatario, en la ejecución de su encargo, se ve precisado a gestionar sin cláusula especial que lo autorice debidamente. Pero en conformidad con el sistema legal no es tan restringido el perímetro de la agencia oficiosa, sino que por definición se extiende genéricamente a todas las hipótesis en que alguien, sin mandato, asume voluntaria y espontáneamente el cuidado de ejecutar uno o más actos por cuenta y provecho del patrimonio de otra persona y con el ánimo de obligar (2304).

Es apenas natural el entendimiento del sentenciador de que los efectos jurídicos de ese acto se predican no para las gestoras de negocios ajenos sino para el dueño de los mismos, y que por ello la legitimación pasiva en causa que demande la nulidad, radica en la persona en cuyo favor se manifiesta la agencia oficiosa o sus causahabientes, mas no en la persona del agente oficioso como tal.

3. No admite duda que en el demandado debe predicarse el poder ser sujeto pasivo de la condena, por consecuencia de la acción en sentido estricto sinónimo de pretensión, y no mirada simplemente como derecho público subjetivo de acción, que precisamente se agota por la sentencia ejecutoriada, bien sea favorable o adversa a quien pone en movimiento la potestad jurisdiccional del Estado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, seis (6) de diciembre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez).

Por escritura pública 1397 de 10 de abril de 1956, Cesáreo Espinosa y Rosa Rincón de Espinosa declararon ante el Notario 7º de Bogotá que tanto la escritura 5900 de 16 de diciembre de 1954, de la misma Notaría 7ª, en que Teófilo Argaña dijo venderle a Cesáreo Espinosa la casa del camellón de San Cristóbal, de esta ciudad, allí determinada, como la escritura 1844 de 28 de mayo de 1954, Notaría 8ª de Bogotá, en que el propio Teófilo Argaña expresó haberle vendido a Rosa Rincón de Espinosa la casa y solar del Barrio Restrepo, de esta capital, por los linderos allí descritos, en realidad correspondían a escrituras de confianza, por cuanto no hubo precio, ni la intención recíproca de comprar y vender.

En ese acto se presentaron María de Jesús Argaña Enciso y Matilde Argaña viuda de Hernández para decir "que en su calidad de sobrinas legítimas del doctor Teófilo Argaña Hernández, quien se halla imposibilitado de comparecer, y como agentes oficiosos de él, aceptan para su tío las declaraciones expresadas por los esposos Espinosa, en este instrumento público...".

Sobre la misma escritura 1397 y mediante afirmaciones tendientes a suprimirle valor, por objeto y causa ilícitos y por haberse obtenido bajo

amenazas de cárcel, versa la demanda con que Cesáreo Espinosa y Rosa Rincón de Espinosa iniciaron el presente litigio contra María de Jesús Argaña Enciso y Matilde Argaña viuda de Hernández, para suplicar "las siguientes declaraciones":

"1ª Se declara nula, de nulidad *relativa*, la escritura pública número 1397, de fecha 10 de abril de 1956, pasada ante la Notaría 7ª de Bogotá, por medio de la cual se declara, en forma *sui generis*, la rescisión del contrato de compraventa celebrado por mis mandantes, señores Cesáreo Espinosa y Rosa Rincón de Espinosa con el señor Teófilo Argaña H., respecto de los inmuebles determinados por su situación y linderos en la referida escritura pública.

"2ª Que como consecuencia de la petición y declaración anterior, se ordene a favor de mis representados, señores Cesáreo Espinosa y Rosa Rincón de Espinosa, la restitución de los inmuebles materia de la escritura pública número 1397 de 10 de abril de 1956, de la Notaría 7ª de Bogotá, cuya situación y linderos los determina la referida escritura.

"3ª Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad a que me refiero en la primera petición, se ordene la cancelación de la referida escritura pública número 1397, de fecha 10 de abril de 1956, pasada en la Notaría 7ª de Bogotá, tanto en el protocolo notarial como en la Oficina de Registro.

"4ª Que se condene en las costas y costos de este juicio a las demandadas señoras María de Jesús Argaña Enciso y Matilde Argaña viuda de Hernández".

El juicio terminó en primera instancia con pronunciamiento absolutorio del 3 de mayo de 1961, en que el Juez 6º Civil del Circuito de Bogotá, al denegar las súplicas, impuso costas a la parte actora, quien acudió en alzada ante el respectivo Tribunal, donde aunque por otras razones, obtuvo sentencia confirmatoria el 3 de marzo de 1962, la que es objeto del recurso de casación interpuesto por la parte vencida.

La sentencia acusada.

Sobre la base de que en toda demanda se hacen valer dos derechos, el derecho subjetivo material, cuyo reconocimiento se pide, *pretensión*, y el derecho subjetivo procesal a que el Juez haga actuar la ley mediante el fallo, *derecho de acción*, examina el sentenciador el contenido de cada uno de esos dos derechos para deducir dónde radica la legitimación en causa, y dice en lo pertinente:

"La acción puede ser válidamente ejercitada por quienquiera que afirme que su interés en conflicto está protegido por la ley, y demande, en consecuencia, su actuación, aunque realmente no lo esté; la pretensión, por el contrario, sólo puede ser eficazmente deducida por aquel cuyo interés esté realmente amparado por la ley, por el titular del derecho material, cuya tutela se impetra.

"Pues bien, la *legitimatio ad causam* se predica no de quien ejercita el derecho de acción sino de los sujetos activo y pasivo de la pretensión. Sólo los titulares del interés en litigio se hallan legitimados para pedir su tutela o para controvertirlo".

Y con relación al presente debate expresa:

"Ahora bien: siendo así que la legitimación en la causa es requisito necesario para obtener sentencia favorable, y que su falta en el proceso trae como consecuencia obligada el pronunciamiento de un fallo adverso a la pretensión del actor, importa examinar si en el caso *sub lite* demandantes y demandadas se hallan legitimados en la causa, máxime cuando el apoderado de las últimas considera que no lo están al afirmar que su personería es ilegítima...

"Puesto que en derecho las cosas, por regla general, se deshacen del mismo modo como se hacen, hay que concluír que cuandoquiera que se pretenda destruír un vínculo de derecho emanado de un acto jurídico, la controversia respectiva debe trabarse necesariamente entre las personas vinculadas por dicho acto. Si el lazo contractual no puede formarse sin la intervención de las personas que constituyen los sujetos de la relación jurídica, la destrucción de ese vínculo, ya sea judicial o extrajudicialmente, no puede llevarse cabo sin el concurso voluntario o forzoso de esos mismos sujetos.

"De esta suerte, cuando de obtener la declaratoria de nulidad de un acto se trata, han de figurar en el proceso como demandantes o como demandados todas las personas que intervinieron en su realización, pues es obvio que si la relación jurídico procesal no se traba con todas ellas la sentencia que se dicte es *res inter alios iudicata* para las que no fueron demandadas, y entonces se daría el absurdo de que el acto sería válido para unos de los contratantes (los que no fueron demandados) y nulo para otros. O hay que aceptar que la sentencia obliga a los que no fueron demandados, con violación del principio de la fuerza relativa de las sentencias

judiciales y del principio del contradictorio que exige darle oportunidad a la persona contra la cual se va a dictar una sentencia para que se discuta la condena.

"Como en la demanda con que se inició este proceso se pretende que por la justicia se declare que es nulo, de nulidad relativa, el acto recogido por la escritura 1397 de 10 de abril de 1956, interesa establecer si la relación jurídico-procesal se trabó entre los sujetos de la relación sustancial derivada de ese acto.

"Ahora bien: por cuanto con las declaraciones hechas en la escritura 1397 memorada, se pretendía dejar sin efecto los contratos de compraventa que Teófilo Argaña celebró con Rosa Rincón de Espinosa y con Cesáreo Espinosa mediante las escrituras a que se hizo referencia, tenían necesariamente que hacerse aquéllas con intervención de quienes fueron partes en esos contratos. Así lo comprendieron los declarantes, y de ahí que al otorgamiento de la citada escritura 1397 hubieran comparecido Cesáreo Espinosa y Rosa Rincón de Espinosa, de una parte, y María de Jesús Argaña y Matilde Argaña viuda de Hernández, en representación de Teófilo Argaña, como agentes oficiosos, de la otra, tal como aparece del citado instrumento cuando se dijo que Cesáreo Espinosa 'está dispuesto a devolver la escritura a favor del doctor Argaña Hernández, *quien está representado en este acto* por sus sobrinas legítimas, señoritas María de Jesús Argaña Enciso y Matilde Argaña viuda de Hernández, como agentes oficiosos'; y cuando las dichas María de Jesús y Matilde manifestaron que en su condición de agentes oficiosos 'aceptan *para su tío* las declaraciones expresadas por los esposos Epinosa'.

"Se tiene entonces que si quienes intervinieron en la escritura 1397 entendieron que María de Jesús y Matilde no actuaban en nombre propio sino en representación de Teófilo Argaña, como agentes oficiosos, era porque en su voluntad estaba que las declaraciones hechas habían de surtir efectos únicamente entre los citados Espinosa y Rincón Espinosa, de una parte, y Teófilo Argaña, de la otra, quienes venían así a ser sujetos de esa relación jurídica".

De donde desprende el sentenciador que si bien los demandantes están legitimados en la causa, no sucede lo propio con las demandadas, "puesto que no habiendo intervenido ellas en dicho acto en nombre propio sino en representación de Teófilo Argaña, en cuya cabeza surtieron efecto las declaraciones hechas, no constituyen el otro extremo de esa relación sustancial y, por ende, no están legitimadas en la causa".

Y al final expresa el fallo:

"A lo dicho cabe agregar que las peticiones sobre restitución de los inmuebles materia de las declaraciones hechas en la escritura 1397, y sobre cancelación de dicha escritura y de su inscripción en el registro, que como consecuenciales de la nulidad se formulan en el libelo, sólo pueden resolverse frente a Teófilo Argaña o sus herederos, puesto que figurando aquél como dueño de tales inmuebles, la cancelación de su inscripción en el registro y la restitución de los mismos no puede ordenarse sin su citación y audiencia. Lo contrario equivaldría a decretar la mutación del derecho de dominio sin intervención de quien figura como su titular, lo que es jurídicamente inadmisible".

La acusación.

El recurrente ataca la sentencia por tres aspectos referidos a la causal 1ª, a saber:

I. "Ser violatoria por infracción directa, falta de aplicación del artículo 2304 del Código Civil".

Alude a la agencia oficiosa y "supone que el agente que se dice tal sea ordinariamente administrador de la persona en cuyo beneficio obra en el negocio de que se trata, pero que en guarda de los intereses de esa persona se ve forzado a representarlo en el caso particular para el cual no tiene mandato. Por parte alguna de la escritura tachada de nulidad se encuentra acreditado que las señoras Argaña tuvieran la calidad de administradoras de los negocios de su tío, don Teófilo, ni de que las haya movido el anhelo de salvar intereses distintos del que esperaban derivar de su muerte. De tal manera que si no han obrado con mandato ni han acreditado su calidad de herederas, y si tampoco puede considerárseles como agentes oficiosos de su señor tío, la nulidad solicitada en la demanda salta a la vista, y así debió decretarse por la sentencia recurrida para evitar la violación del artículo 2304 del Código Civil, en el sentido indicado en este cargo".

II. "Infracción directa, falta de aplicación y por aplicación indebida (sic), los artículos 1743 y 1746 del Código Civil".

Se refiere a que el sentenciador no halló la legitimación pasiva en causa; a los artículos del Código Civil, 1743 que prescribe cómo la nulidad

relativa no pueda alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios, y 1746, que consagra el derecho de las partes a ser restituídas al estado anterior, por mérito de la nulidad pronunciada en sentencia con autoridad de cosa juzgada; afirma que en presencia de estas normas fallan ostensiblemente las conclusiones del Tribunal sobre ausencia de aquella legitimación pasiva; cita doctrina de la Corte acerca de que la acción de nulidad es personal y requiere la presencia de todos los que concurrieron como partes a la celebración del contrato, y en seguida expresa:

"Pretende la sentencia recurrida que como las declaraciones de la escritura 1397 tienden a dejar sin efecto las contenidas en las 1844 de 28 de mayo de 1954 y la 5900 de 16 de diciembre de ese mismo año a las cuales concurrió como parte don Teófilo Argaña, 'tenían necesariamente que hacerse aquéllas (las declaraciones de la 1397) con intervención de quienes fueron partes en esos contratos'. Precisamente la acción de nulidad se ha incoado porque así no sucedió, ya que don Teófilo Argaña estaba muerto para la fecha de la escritura 1397 y sus sobrinas no han acreditado legalmente el carácter en que concurrieron a la firma de ese instrumento. Ni vale en modo alguno, por carecer de eficacia legal ni convencer a nadie, el argumento de que como consecuencia de la escritura cuya nulidad se pide, el señor Teófilo Argaña figure como dueño del inmueble en el Registro, ya que ello no impide que se haya entablado la acción de nulidad, precisamente para obtener la cancelación de ese registro como consecuencia de la declaratoria de nulidad".

III. Violación "de manera indirecta, por error evidente de hecho que aparece de manifiesto en los hechos, consistente en la falta de estimación o desestimación de las pruebas que singularizaré adelante, los artículos 1513 y 1514 del Código Civil".

Hace alusión a los testimonios de José L. Pinzón, Eliécer Díaz y Rafael Samudio, a la diligencia de inspección ocular practicada, y a las posiciones absueltas por las demandadas, para decir a continuación:

"Los testigos José L. Pinzón y Rafael Samudio están acordes, en las circunstancias de modo, tiempo y lugar; declaran como hecho cierto y evidente, que el día 10 de abril de 1956, fecha en que se firmó la escritura 1397, en las horas de la mañana, oyeron cuando el doctor Rafael Ronderos dijo a don Cesáreo Espinosa: 'que si no firmaba la escritura a las mentadas Matilde Argaña viuda de Hernández y María de Jesús Argaña Enciso, *lo hacían meter a la cárcel,* pues le debía devolver la escritura a ellas', y agregan de manera explícita y en forma unísona, que en sentir de ellos 'el señor Cesáreo Espinosa firmó la mencionada escritura por las amenazas del doctor Rafael Ronderos Guzmán' ".

Así alega que el consentimiento de los actores en el juicio fue viciado por la violencia en el acto de la escritura, y que si esas declaraciones hubieran sido apreciadas, se habría llegado a la conclusión de nulidad, con lo que resulta violado por falta de aplicación el artículo 1513 del Código Civil.

Sobre las posiciones, toma las respuestas "no recuerdo", "no tengo presente" en labios de las demandadas, como frases para ocultar la verdad acerca de la coacción ejercida sobre las personas que integran la parte demandante, y aun el hecho de que el tío de aquéllas hubiera muerto el 8 de abril de 1956, dos días antes de la firma de la escritura.

Cuanto a la inspección ocular, alega el recurrente "que en el protocolo notarial se estamparon falsedades en relación con la escritura 1397. En efecto —dice—, allí consta que la escritura citada, que tiene fecha 10 de abril de 1956, no fue firmada ese día, según aparte que se transcribe: 'En este estado las otorgantes dejan constancia de que esta escritura se firma hoy cinco de abril de este año', y ya antes se había anotado: 'e igualmente comparecen las señoritas María de Jesús Argaña Enciso y Matilde Argaña viuda de Hernández, quienes dicen que obran en su calidad de sobrinas legítimas del doctor Teófilo Argaña Hernández, quien se halla incapacitado para comparecer, y como agentes oficiosos de él. ¿Cómo ha de interpretarse esta manifiesta contradicción? O don Teófilo Argaña concurrió a firmar la escritura el día 5, y entonces sobraban las firmas de sus sobrinas y la mentada agencia oficiosa de sus sobrinas. O la escritura que firmó el 10 sin intervención y conocimiento de don Teófilo, ya muerto, y en este caso no se encuentra acreditado en el protocolo ni la muerte de Teófilo Argaña, ni la justificación de la agencia oficiosa, ni representación alguna legal para firmar la escritura...

"Otra irregularidad comprobada en la inspección ocular consiste en que a pesar de la afirmación o constancia de que esa escritura fue firmada el 5 de abril, en el protocolo consta que con anterioridad y posterioridad a la mentada escritura no se pasaron otras de diferente fecha,

lo que prueba que la 1397 no pudo ser firmada el día 5, ni mucho menos, que 'Teófilo Argaña, con cédula de ciudadanía ..., presentó certificado... que comprueba estar a paz y salvo con el Tesoro Nacional', certificado de 10 de abril de 1956.

"Si tampoco estas pruebas —posiciones e inspección ocular— fueron apreciadas en la sentencia recurrida, es evidente el error de hecho y la consiguiente violación de los artículos 1513 y 1514, en el sentido indicado en este cargo".

Se considera:

1. Son incontrovertibles los enunciados generales de que la nulidad relativa no puede declararse sino a pedimento de aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes o quienes ocupen su lugar como herederos o cesionarios (1743, C. C.); de que la nulidad judicialmente declarada por sentencia firme, confiere a las partes el derecho para ser restituídas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo (1746); y de que la fuerza vicia el consentimiento aunque no sea obra de la otra parte contratante (1513 y 1514).

2. Pero la justicia de esas proposiciones no basta para que sea censurable el fallo recurrido. Porque el pedimento de los presuntos beneficiarios de la rescisión debe dirigirse precisamente contra quienes forman la otra parte contratante. Y ello incide en la legitimación pasiva en causa, sin la que es imposible proveer el pronunciamiento judicial de la pretendida nulidad, restitutoria de las partes al estado precontractual.

3. A falta de esa legitimación pasiva en la causa, resulta de manifiesta inoficiosidad cualquier estudio de pruebas tendiente a saber si el vicio del consentimiento por temor nacido de la coacción, afectó o no el negocio jurídico señalado en la controversia.

4. Según el recurrente, parecería que la agencia oficiosa sólo tiene ocurrencia cuando el mandatario en la ejecución de su encargo se ve precisado a gestionar sin cláusula especial que lo autorice debidamente. Pero en conformidad con el sistema legal no es tan restringido el perímetro de la agencia oficiosa, sino que por definición se extiende genéricamente a todas las hipótesis en que alguien, sin mandato, asume voluntaria y espontáneamente el cuidado de ejecutar uno o más actos por cuenta y provecho del patrimonio de otra persona y con el ánimo de obligar (2304).

5. Si, pues, el Tribunal halló en los términos claros de la escritura 1397 de 10 de abril de 1956, Notaría 7ª de Bogotá, que María de Jesús Argaña Enciso y Matilde Argaña viuda de Hernández obraron en agencia oficiosa a favor de Teófilo Argaña, es apenas natural el entendimiento del sentenciador de que los efectos jurídicos de ese acto se predican, no para las gestoras de negocios ajenos, sino para el dueño de los mismos, y que por ello la legitimación pasiva en causa que demande la nulidad, radica en la persona en cuyo favor se manifiesta la agencia oficiosa o sus causahabientes, mas no en la persona del agente oficioso como tal.

6. Puesto que no ha sido quebrantada esta premisa en el recurso extraordinario, conserva su fuerza capital para sustentar la decisión del sentenciador, sin que alegatos marginales, cuyo arraigo en las probanzas no se demuestra incluso, pudieran servir de apoyo para decretar la quiebra del fallo acusado.

Y es porque en ausencia de aquella condición básica no hay puerta que se abra al estudio para saber de la invalidez de un acto jurídico, que se reputa eficaz mientras frente a parte legítima no se demuestre lo contrario. No admite duda que en el demandado debe predicarse el poder ser sujeto pasivo de la condena, por consecuencia de la acción en sentido estricto sinónimo de pretensión, y no mirada simplemente como derecho público subjetivo de acción, que precisamente se agota por la sentencia ejecutoriada, bien sea favorable o adversa a quien pone en movimiento la potestad jurisdiccional del Estado.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha 3 de marzo de 1962, proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

No aparecen costas causadas en casación.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial*, y vuelva el proceso al Tribunal de su origen.

Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velásco, José J. Gómez R., Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada, José Hernández Arbeláez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

DEMANDA

El Juez no puede darle al pedimento un sentido distinto al claramente resultante del libelo.

Si bien es cierto que, cuando una demanda es oscura, corresponde al juzgador interpretarla en busca del verdadero alcance de sus súplicas, tarea en la cual ha de proceder a la luz de los hechos mismos consignados en el libelo y en que se contiene la causa petendi, lo que quiere decir que no le es dado al sentenciador disociar de los hechos que motivan la demanda, el pedimento, si entre éste y aquéllos cabe, sin faltar a la lógica, la relación de causa a efecto, con todo no puede predicarse lo mismo cuando, siendo claros los términos de una demanda, su autor ha dirigido mal la acción o formulado un pedimento jurídicamente inconciliable con los motivos de la misma. Porque no es lícito al fallador sustituír al demandante en su pretensión, lo que, implicando incongruencia en el juzgamiento, sería arbitrario como atentatorio contra la seguridad de las partes en la causa, quienes tienen perfecto derecho a que ésta se discuta y decida única y exclusivamente dentro de los límites de la relación jurídico-procesal formada por las pretensiones de los contendientes oportunamente deducidas en el litigio. Así, si el demandado hubo de atenerse a los términos de la demanda, resultaría defraudado en su defensa si por el Juez pudiera dársele al pedimento un sentido distinto al claramente resultante del libelo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., siete de diciembre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el actor contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distro Judicial de Bucaramanga, con fecha 7 de septiembre de 1960, en el juicio ordinario seguido por Alberto Parada frente a "Taxi Aéreo de Santander, Taxáder S. A.".

I

El litigio.

En la relación de los *hechos* fundamentales de la demanda inicial de este juicio se manifiesta lo siguiente:

1º Que Alberto Parada adquirió de Gonzalo S. Galvis mil acciones de la sociedad anónima "Taxi Aéreo de Santander, Taxáder S. A.", de valor nominal de diez pesos cada una, cuya tradición se efectuó mediante el asiento o registro de rigor en el respectivo libro de registro de acciones;

2º Que a Parada no le fueron expedidos por la sociedad los respectivos títulos de sus acciones;

3º Que Parada intervino como accionista en asambleas generales de la compañía, ejerciendo en ellas el derecho de voto en representación del indicado número de mil acciones;

4º Que posteriormente a la última asamblea en que intervino el demandante, las acciones de su pertenencia fueron registradas por la sociedad demandada a nombre de Gonzalo S. Galvis, sin que mediara comunicación o carta de traspaso firmada por Parada como titular de las mismas acciones;

5º Que la entidad demandada no ha indemnizado en manera alguna al actor, por concepto de la cancelación ilegal que hizo del registro de sus acciones;

6º Que el demandante no ha recibido el valor correspondiente a los dividendos producidos por

las acciones registradas a su nombre, no obstante que la sociedad pagó dividendos a los demás accionistas, y

7º Que el registro hecho por la sociedad a favor de Gonzalo S. Galvis, de las acciones de propiedad de Alberto Parada, ha causado graves perjuicios a éste, tales como la pérdida del valor de las acciones en su expresión nominal, la privación de los dividendos de las mismas, el despojo de una porción de su patrimonio y el daño moral por el mismo despojo de que se le ha hecho víctima.

Con fundamento en estos hechos, Alberto Parada pidió al Juez Civil del Circuito de Bucaramanga que mediante los trámites del juicio ordinario dictase contra la sociedad anónima "Taxi Aéreo de Santander, Taxáder S. A." sentencia acerca de las siguientes súplicas:

1ª Que se declare la vigencia del registro de mil acciones de valor nominal de diez pesos cada una, que fue hecho a favor del actor por la mencionada sociedad, en los libros respectivos;

2ª Que se declare la nulidad del registro hecho posteriormente, respecto de las mismas acciones, a favor del señor Gonzalo S. Galvis;

3ª Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se decrete que la entidad demandada está obligada a expedir, en el término que señale la sentencia y a favor del señor Alberto Parada, los títulos correspondientes a las acciones mencionadas;

4ª Que se condene a la demandada a pagar al demandante, en el término que se señale, el valor de los dividendos causados por las referidas acciones, desde la fecha en que fueron registradas a nombre del actor hasta la en que se realice el pago, y

5ª Que se condene a la demandada en las costas del juicio.

Subsidiariamente pidió que se condene a la misma sociedad a entregar y registrar a favor del actor un número de acciones igual al que registró a favor de Gonzalo S. Galvis, sin mediar orden ni consentimiento del primero, las cuales se hallaban registradas a nombre de éste, más el valor de los dividendos causados desde la fecha del registro que de dichas acciones se produjo a nombre de Gonzalo S. Galvis, en la forma que se demuestre en el juicio, y en el término que señale la sentencia.

En *derecho* alegáronse los artículos 1502, 1494, 1740 y 2341 del Código Civil, y 54 y 58 del Decreto 2521 de 1950.

En contestación extemporánea la entidad demandada manifestó oponerse a la acción, y al negar el hecho primero del libelo dijo: "El mayor Parada nunca adquirió las acciones a que se refiere. El accionista Gonzalo S. Galvis proyectó donarle gratuitamente algunas de las que válidamente le pertenecían y le pertenecen. Pero de ese proyecto de donación no notificada, no aceptada ni insinuada legalmente, desistió oportuna y legítimamente el presunto donante. Y en cuanto al registro de que se habla, él se había verificado, además, en forma equivocada e inválida por no haberse aducido la indispensable carta de traspaso ni llenado los demás requisitos legales y estatutarios".

Cerrose la primera instancia con sentencia del Juzgado 2º Civil del Circuito de Bucaramanga, en que se absuelve a la demandada de los cargos formulados por el actor.

Por apelación de éste, surtiose el segundo grado del juicio, a que recayó la sentencia del Tribunal de Bucaramanga, de 7 de septiembre de 1960, en que se confirma en todas sus partes el fallo apelado.

Interpuesto por el litigante vencido el recurso de casación, procede la Corte a su estudio.

II

La sentencia impugnada.

Aunque el Tribunal encontró probados los siguientes hechos: que mediante carta de 1º de septiembre de 1955, Gonzalo S. Galvis le comunicó al Gerente de "Taxi Aéreo de Santander S. A.", haberle hecho traspaso de mil acciones de las poseídas por él en esta empresa a Alberto Parada; que con base en la anterior comunicación "Taxi Aéreo de Santander S. A." procedió a inscribir en el libro de registros de acciones el título número 01196 por la cantidad de mil acciones a favor de Alberto Parada C., inscripción que lleva la misma data de la carta de traspaso ya enunciada; que con fecha 21 de septiembre de 1955 la compañía expidió a favor de Alberto Parada el título número 01196, que quedó en poder de Gonzalo Galvis, como se deduce de la carta de éste, de 28 de mayo de 1956, en que manifestó a la empresa remitirle tal título para contabilizar la operación de anular el traspaso y expedir uno a favor del mismo Galvis; que con base en la comunicación últimamente dicha, la sociedad "procedió a cancelar en el libro de registro de acciones y a continuación del que había sido hecho al Mayor Parada, el título 01196, sin que se dejase constancia a nombre de quién

se haría el nuevo registro''; y que de una declaración bajo juramento del Secretario de la compañía, ''se infiere que una vez cancelado el registro correspondiente al Mayor Parada, se hizo otro a nombre de Gonzalo Galvis, y por tal motivo las mil acciones regresaron al patrimonio de su antiguo propietario'', con todo el juzgador decidió confirmar la sentencia absolutoria de primera instancia con fundamento en las siguientes consideraciones:

Que, sin embargo, de lo visto, ''la Sala considera que sobre la responsabilidad en que hubiere podido incurrir la sociedad anónima demandada, no es del caso resolver aquí, por cuanto que la acción no se encamina realmente a ese fin, ya que ella tiende a que por la justicia ordinaria se obligue a la compañía a anular un registro, dejando en vigencia el primero, y se extiendan a favor del Mayor Parada los títulos a que haya lugar, cubriendo a su vez el valor de los dividendos dejados de pagar, todo a espaldas del titular actual de las acciones en disputa, puesto que éste no comparece en juicio como demandado, sino como representante legal de la compañía demandada. Planteada la controversia en los terrenos evidentes que se acaban de exponer, no es extraño por ningún aspecto hacer la afirmación que lo que la acción persigue es sacar del patrimonio del señor Galvis, como persona natural, un número de acciones que posee en la compañía demandada, cuyo valor nominal asciende a $ 10.000.00, sin haber sido oído y vencido aquél en el juicio, ya que, como se dijo atrás, el señor Galvis no ha sido demandado, y por tal motivo no es sujeto pasivo de la acción, para que en la citada calidad pudiera responder por lo que se demanda (arts. 1502 y 1494, C. C.)'';

que ''la Sala no descarta la posibilidad de que en el acto realizado por la compañía se hubiera podido cometer un error; pero observa que de esa simple posibilidad no puede concluírse que sea procedente ordenar a la demandada que efectúe un nuevo registro, porque ello equivaldría a privar de las acciones a su poseedor actual, sin haber sido oído y vencido en juicio. La acción incoada en el caso de autos no se dirige, en el fondo, a que se le deduzca responsabilidad a la compañía por culpa extracontractual. Lo anterior tiene su fundamento en la circunstancia clara de que contra Gonzalo Galvis, como persona natural, no existe demanda que verse sobre dichos aspectos de la propiedad de las acciones, toda vez que es un hecho evidente que éste comparece al juicio de la referencia en su condición de Gerente de la sociedad anónima demandada y nada más'';

que ''nos hallamos frente a la excepción perentoria denominada ilegitimación en la causa por el aspecto del sujeto pasivo en la relación procesal que se pretendió crear'';

que ''si por obligación entendemos la de que la compañía debe devolver las acciones que inscribió a nombre de Gonzalo Galvis, llegaríamos a un terreno en el cual esto no puede hacerse, porque la sociedad no puede disponer de las acciones de sus accionistas para transferirlas a terceros, sin el lleno de las formalidades legales que regulan la materia'', y

que ''iguales consideraciones cabe hacer en lo que respecta a la petición formulada en subsidio, si se considera que las acciones representan fracciones del capital social, de las que son poseedores y dueños sus respectivos titulares''.

III

El recurso extraordinario.

Un cargo único, en relación con la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, formula el recurrente, a saber:

''La sentencia del Tribunal de Bucaramanga, por error en la interpretación de la demanda, que lo llevó a desconocer la naturaleza jurídica de la acción reparatoria de perjuicios, en especie o natural, que se ejercita en la demanda, infringió la ley sustantiva directamente en sus artículos 1494, 1602, 1604, 1613, 1614 del Código Civil, y 2º, 3º, 50 y 58 del Código de Sociedades Anónimas, por falta de aplicación al caso controvertido''.

En desarrollo de esta acusación, el impugnante propone varias consideraciones, cuya sustancia cabe concretar así:

Que, según la jurisprudencia, ''cuando el sentenciador se encuentra ante una demanda oscura, bien en las súplicas, bien en los hechos, bien en unas y otros, está obligado a interpretarla teniendo en cuenta la totalidad del libelo y no alternando sus factores esenciales, a fin de fijar la intención del actor'';

que todo perjuicio es indemnizable en dinero o en especie, y si la cosa desaparece o se destruye, la reparación no será natural, sino en metálico, conforme al Código Civil;

que ''estudiada la demanda del Mayor Parada contra la sociedad 'Taxi Aéreo de Santander S. A:'', cuidadosamente, en sus partes petitoria,

petendi y fundamentación en derecho, vemos que consagra dos acciones: una de reparación natural del perjuicio consistente en la pérdida de 1.000 acciones por culpa de la empresa, que sin carta de traspaso del Mayor Parada y sin orden de autoridad competente, canceló su registro de propiedad, y otra de nulidad de un registro de acciones que afecta a Gonzalo Galvis. La primera acción está concebida en las peticiones 1ª, 3ª, 4ª, y en los hechos 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7, o sea en todos los que trae la demanda, que hablan de la propiedad, de la pérdida de las acciones y de la obligación en que está la sociedad demandada en 'indemnizar al actor por la cancelación ilegal que hizo del registro de sus acciones' (hecho 5º). La segunda acción, de nulidad, está contenida en la petición 2ª, pero no tiene apoyo en ningún hecho de la demanda. La fundamentación en derecho se concreta a sostener los hechos del libelo";

que "muy notorio es el error del Tribunal en la apreciación de la demanda, en el examen de las acciones ejercitadas, porque a la vez que desconoce la de reparación del daño sufrido por el Mayor Parada, involucra la de nulidad con la de dominio, diciendo que aquélla se contrae a sacar del patrimonio de Galvis unas acciones de que es titular", y

que "la demanda no habla de reivindicar algo de que es dueño el actor, sino de volver a ser propietario de lo que perdió por culpa de Taxáder. Es la clásica acción de perjuicios en especie, de la restauración del daño con cosa igual a la que perdió su dueño. Al Mayor Parada lo guía en esta demanda la reparación de su patrimonio, y no le interesa dónde, ni con qué persona haya de conseguir Taxáder las acciones que mediante esta sentencia debe entregarle. No reivindica cosas de que no es dueño, solicita indemnización de lo que fue suyo, de una cantidad igual de acciones a la que figuró como suya en los libros de la compañía".

IV

Consideraciones de la Corte.

1. Si bien es cierto que cuando una demanda es oscura, corresponde al juzgador interpretarla en busca del verdadero alcance de sus súplicas, tarea en la cual ha de proceder a la luz de los hechos mismos consignados en el libelo y en que se contiene la *causa petendi,* lo que quiere decir que no le es dado al sentenciador disociar de los hechos que motivan la demanda, el pedimento, si entre éste y aquéllos cabe, sin faltar a la lógica, la relación de causa a efecto, con todo no puede predicarse lo mismo cuando, siendo claros los términos de una demanda, su autor ha dirigido mal la acción o formulado un pedimento jurídicamente inconciliable con los motivos de la misma. Porque no es lícito al fallador sustituír al demandante en su pretensión, lo que, implicando incongruencia en el juzgamiento, sería arbitrario como atentatorio contra la seguridad de las partes en la causa, quienes tienen perfecto derecho a que ésta se discuta y decida única y exclusivamente dentro de los límites de la relación jurídico-procesal formada por las pretensiones de los contendientes oportunamente deducidas en el litigio. Así, si el demandado hubo de atenerse a los términos de la demanda, resultaría defraudado en su defensa si por el Juez pudiera dársele al pedimento un sentido distinto al claramente resultante del libelo.

2. En el caso *sub judice,* bien claro aparece que las cuatro súplicas específicas del pedimento principal, cada una en sí misma y todas en conjunto, están precisamente dirigidas a que las mil acciones de "Taxi Aéreo de Santander, Taxáder S. A.", que anteriormente fueron registradas a nombre del actor Alberto Parada e inscritas luego bajo el de Gonzalo S. Galvis, se vuelvan a poner en cabeza del primero, haciendo revivir retroactivamente en favor de éste todos los efectos correspondientes a la titularidad de esas mismas acciones. Porque ¿qué otra cosa podría hacérsele decir a la petición primera, para que "*se declare la vigencia del registro de un mil acciones* (1.000) de valor nominal de diez pesos ($ 10.00) cada una, que fue hecho a favor del señor Alberto Parada en los libros respectivos"?

¿Que otra cosa a la petición segunda, para que "se declare la nulidad del registro hecho posteriormente y en fecha que se demuestre en el juicio, *respecto de las mismas acciones,* a favor del señor Gonzalo S. Galvis"?

¿Qué a la petición tercera, para que se decrete que la sociedad está obligada a expedir a favor del demandante "los títulos correspondientes a las *acciones mencionadas*"? ¿Y qué a la cuarta, para que se condene a la compañía a pagar al actor "el valor de los dividendos producidos y causados por *las acciones referidas,* desde la fecha en que fueron registradas a nombre y favor de mi mandante"?

Dada la nitidez de las pretensiones que el pedimento principal encarna, no se advierte en relación con ellas desacierto alguno en los conceptos del Tribunal, cuando estima que la acción

"tiende a que por la justicia ordinaria se obligue a la compañía a anular un registro, dejando en vigencia el primero, y se extiendan a favor del Mayor Parada los títulos a que haya lugar, cubriendo a su vez el valor de los dividendos dejados de pagar"; que, por lo tanto, lo que esa "acción persigue es sacar del patrimonio del señor Galvis, como persona natural, un número de acciones que posee en la compañía demandada, cuyo valor nominal asciende a $ 10.000.00"; y que, en el caso de que la compañía haya podido cometer un error, "de esa simple posibilidad no puede concluírse que sea procedente ordenar a la demandada que efectúe un nuevo registro, porque ello equivaldría a privar de las acciones a su poseedor actual, sin haber sido oído y vencido en juicio", comoquiera que "contra Gonzalo Galvis, como persona natural, no existe demanda que verse sobre dichos aspectos de la propiedad de las acciones, toda vez que es un hecho evidente que éste comparece al juicio de la referencia en su condición de Gerente de la sociedad anónima y nada más". Fue, pues, lógico el sentenciador en su concepto de que la compañía demandada no era la llamada a hacer frente a la acción así propuesta.

3. Contra lo cual no tiene reflejo alguno demeritorio la circunstancia de que el actor, entre los hechos de la demanda, hubiera incluído las afirmaciones de que el registro posteriormente hecho por la sociedad a favor de Gonzalo S. Galvis, de las acciones de propiedad de Parada, ha causado a éste graves perjuicios, que no le han sido indemnizados por la compañía (hechos 5º y 7º), porque esa referencia se explicaría como la justificación dada por el actor de ser su pretensión ajena a todo intento de un enriquecimiento sin causa, en cuanto no ha sido indemnizado de los perjuicios que estima haber sufrido; y porque, si lo que el actor quiso fue buscar un medio de reparación del pretendido daño, ciertamente equivocó el camino al intentar una acción dirigida, no contra Galvis, sino contra la compañía, para que por ésta se cancele el registro de unas acciones actualmente inscritas a nombre del mismo Galvis, se reviva el registro de ellas primitivamente hecho a nombre del propio actor y se le paguen los dividendos causados en el entretanto por esas mismas acciones.

4. No hubo, pues, por parte del sentenciador error alguno en la interpretación de la acción contenida en los puntos primero a cuarto del pedimento principal, y, por lo tanto, mal pudieron quebrantarse los textos de la ley sustancial con que toca el cargo.

5. En lo atinente a la denegación del pedimento subsidiario, para que se condene a la compañía a entregar al actor y registrar en favor del mismo, acciones en número igual a las que éste tuvo inscritas en su nombre, más el valor de sus dividendos causados desde la fecha del registro efectuado a nombre de Gonzalo S. Galvis, si bien no puede decirse que relativamente a tal súplica haya defecto de legitimación pasiva en la causa, con todo la denegación encuentra apoyo, no desvirtuado por la censura, en la circunstancia de que, en el supuesto de que la sociedad demandada sea responsable de una indebida cancelación de las acciones del demandante y, por lo tanto, de los perjuicios que tal hecho le haya causado, no podría llegarse al resarcimiento de los mismos por el medio perseguido con la súplica subsidiaria que se contempla.

Ésa petición está concebida como si la sociedad se hubiera obligado a emitir determinado número de acciones en favor del demandante, que es un supuesto completamente ajeno al problema del pleito. Pero, ni a guisa de indemnización de perjuicios podría pretenderse una condena contra la sociedad para que ésta realice en favor del actor una dotación de acciones que no está en manos de la sociedad hacer, pues ésta no dispone de los títulos de sus accionistas para transferirlos a terceros, ni puede la sociedad obligar a sus accionistas a que le cedan de sus derechos para traspasarlos al demandante, ni se la puede obligar a la emisión de nuevas acciones, lo cual dependería del arbitrio exclusivo de los propios accionistas dentro de lo que permitan sus estatutos en armonía con las disposiciones legales.

6. Si, pues, lo que el demandante intentó con la súplica subsidiaria fue un medio de resarcimiento de perjuicios, querría decir que erró en su escogencia, porque ha debido solicitar la indemnización, no a través de una prestación en especie, a que no se podría obligar a la demandada, sino directa e integralmente en dinero, como denominador común de todos los valores económicos.

7. No habiendo podido, pues, el sentenciador acceder al pedido sobre entrega de acciones, ello le imponía la desestimación del relativo a los dividendos que las mismas hubieran producido, tanto porque el efecto ha de seguir la misma suerte de su causa, como porque no cabría romper la continencia de la acción. Todo lo cual, en síntesis, significa que si el demandante, bajo la súplica subsidiaria, deprecó la condenación de la entidad demandada al pago de una cosa distinta a la que ella estaría integralmente obligada a

dar en el caso de resultar responsable de los perjuicios de que tratan los hechos 5º y 7º del libelo, desvió la acción de su objeto propio, para dirigirla a uno diferente en relación con el cual fue bien denegada.

8. Mas en el supuesto de que el actor tuviera a su disposición la alternativa de impetrar la indemnización de perjuicios, ya en dinero, ya en especie, entonces se tendría que el pedimento subsidiario, limitado como se encuentra al segundo extremo, excluyó al primero, inhibiendo al juzgador para pronunciarse de mérito sobre éste, so pena de variar el objeto de la pretensión e incurrir, por lo tanto, en manifiesto pecado de inconsonancia.

9. Como remate de todo lo expuesto, conviene advertir que la interpretación dada por el Tribunal a la demanda en sus súplicas principales y subsidiaria, está conforme con los términos ceñidos del poder que el actor confiriera a su abogado en este pleito para que "por sus trámites solicite la declaración judicial sobre vigencia del registro de un mil acciones (1.000) a mi nombre en los libros pertinentes de la sociedad, la nulidad de la reinscripción de las mismas acciones a favor de Gonzalo S. Galvis y la expedición de los títulos pertinentes a mi favor, en relación con las dichas acciones de la sociedad de que aquí se trata". Bien claro se ve que este mandato no incluye en modo alguno la facultad de demandar por indemnización de perjuicios, por lo cual la carencia de súplica a este respecto se explica suficientemente, no por oscuridad, ambigüedad o deficiencia de expresión en el libelo, sino ciertamente por falta de poder al efecto.

10. Finalmente, podría observarse que la desestimación hecha por el fallador, así de la acción principal como de la subsidiaria, no impediría, dados los motivos atrás vistos, la latencia de las correspondientes acciones en el ámbito de las condiciones no comprometidas en este proceso.

RESOLUCION:

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha siete (7) de septiembre de mil novecientos sesenta (1960), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial*, y vuelva el proceso al Tribunal de origen.

Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

CUENTA CORRIENTE

Sólo en los cortes de la cuenta cabe determinar quién debe a quién y cuánto.

Bien sabido es que en la cuenta corriente comercial no cabe el que los recíprocos suministros de valores se compensen singular o separadamente entre sí, unos con otros. Allí los abonos se hacen, no para cubrir determinados suministros, sino para ser acreditados a la cuenta misma en su generalidad, de manera que sólo en los cortes de la cuenta, verificables en las fechas estipuladas, cabe determinar quién debe a quién y cuánto (arts. 730, 733, 736, 737, 740 y 741, C. Co.).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., siete de diciembre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el actor contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con fecha 13 de octubre de 1960, en el juicio ordinario seguido por Fabio Naranjo Ochoa frente a Enrique Rojas M.

I

El litigio.

Fabio Naranjo Ochoa demandó ante el Juez Civil del Circuito de Medellín a Enrique Rojas M. en impetración de sentencia en que se decida lo siguiente:

1º Que el demandado adeuda al demandante, éste como cesionario de la entidad "Good Year de Colombia S. A.", la suma de trece mil quinientos sesenta y cuatro pesos y veinticinco centavos ($ 13.564.25), "por razón de las operaciones de compraventa de llantas de automotores, a que se refieren las facturas que obran en el proceso".

O subsidiariamente, que el demandado está obligado a pagar al actor la misma suma ya enunciada, "por razón de las operaciones mercantiles a que se refiere la parte motiva de este fallo" (sic);

O en último subsidio, que el demandado sea obligado a pagar al demandante la suma de dinero que en el curso del juicio se demostrare deber, por causa de las mismas operaciones comerciales;

2º Que el demandado sea condenado a pagar al actor "los intereses corrientes sobre la suma reconocida desde la fecha en que se causó a deber hasta el momento en que se verifique el pago", y

3º Que el reo sea condenado en las costas del proceso.

La narración de los *hechos* en que este pedimento se funda, puede sintetizarse así:

Que la sociedad "Enrique Rojas & Cía. Limitada", constituída mediante la escritura número 3719 de 27 de junio de 1957, de la Notaría 4ª de Medellín, y de que era socio el demandado, "desde su fundación tuvo relaciones de compraventa de llantas de automóviles, a crédito, con la sociedad 'Good Year de Colombia S. A.', en forma tal que las facturas respectivas las iba cubriendo periódicamente, a medida que se presentaba la fecha de su vencimiento. Empero, a partir del mes de julio de 1958 suspendió los pagos, dejando de cancelar los pedidos efectuados durante este mes y en el siguiente, y los cuales ascendieron, según se acaba de expresar, a la cuantía de $ 13.564.25 moneda legal";

que esto aparece de las facturas agregadas a la demanda, las cuales el demandado se negó a cubrir, con pretextos diversos, no obstante que

la mercancía determinada en las facturas fue recibida por él, quien se benefició directamente de la misma;

que las facturas de que se trata fueron endosadas por la compañía acreedora al actor, quien "viene a ser titular de ellas", y

que por la escritura número 2588 de 4 de octubre de 1958, de la Notaría 7ª de Medellín, se declaró disuelta y liquidada la sociedad "Enrique Rojas & Cía. Limitada", "en forma tal que el socio Enrique Rojas M. se hizo cargo del pasivo que resultare a cargo de la anotada entidad, con obligación de cubrirlo".

El libelo invoca en *derecho* los artículos 1494, 1495, 1496, 1497, 1499, 1500, 1501, 1502, 1602 y 1849 del Código Civil.

En su contestación, el demandado negó deber las facturas de que habla el actor, y dijo oponerse "a todas y cada una de las peticiones, principales y subsidiarias, formuladas", contra las cuales propuso, en último término, excepciones varias.

El primer grado del juicio, en el que se produjeron pruebas de una y otra parte, recibió fallo del Juez 5º Civil del Circuito de Medellín, en el cual se desestimó la acción, por falta de legitimación del sujeto activo, quien apeló de este pronunciamiento, lo que dio lugar a que el Tribunal Superior, en sentencia de 13 de octubre de 1960, lo *revocase,* para decidir en su lugar lo siguiente:

"1º El señor Enrique Rojas M. debe y está obligado a pagar al doctor Fabio Naranjo Ochoa, como cesionario de 'Good Year de Colombia S. A.', por razón de la compraventa de llantas de automotores, la suma de dos mil trescientos veintiséis pesos con sesenta y cinco centavos ($ 2.326.65), conforme a las facturas aludidas en las motivaciones, de las cuales no se aportó prueba sobre el pago, más los intereses legales a partir de las fechas del vencimiento hasta la solución.

"2º Se declara probada la excepción de pago parcial respecto de las demás facturas de que trata la demanda.

"3º Decláranse infundadas las excepciones propuestas por el demandado.

"Sin costas en ninguna de las instancias".

Esta providencia, ante la cual guardó silencio el demandado, fue recurrida en casación por el actor, a cuyo libelo, en el recurso extraordinario, se imparte ahora el correspondiente despacho.

II

La sentencia impugnada.

El Tribunal, después de algunas consideraciones tocantes con la cesión de créditos y la situación jurídica en que queda el deudor frente al cesionario, que no es el caso de estudiar aquí, y luego de admitir que las facturas acompañadas a la demanda representan créditos que fueron válidamente cedidos por la sociedad "Good Year de Colombia S. A.", al demandante, en virtud de nota que "tiene el alcance del traspaso del crédito por el acreedor al cesionario", dijo que "después de la necesaria y minuciosa confrontación de las facturas con la prueba resultante de la diligencia de exhibición de fecha 23 de febrero de este año, que trata de la relación de cheques girados a favor de 'Good Year de Colombia S. A.' por la sociedad 'Enrique Rojas & Cía.', llega la Sala a la conclusión de que se acreditó el pago del valor de la mayor parte de las facturas, ya que apenas dejó de comprobarse la solución de las facturas números 26383, por $ 362.85; 26384, por $ 117.00; 26443, por $ 461.70; 26444, por $ 461.70; 26445, por $ 461.70, y 26447, por $ 461.70, lo que totaliza la cantidad de $ 2.326.65".

En demostración de lo primero, o sea de estar comprobado el pago de la mayor parte de las facturas expedidas a cargo de la sociedad "Enrique Rojas y Compañía", hace una comparación entre ellas y los cheques girados por ésta a favor de "Good Year de Colombia S. A.", en el lapso comprendido dentro de los días 16 de julio de 1958 y 6 de agosto del mismo año, con el resultado de encontrar una matemática correspondencia entre los valores de determinados cheques y los valores de determinadas facturas o de grupos de las mismas. Y en cuanto a lo último, o sea el no estar acreditado el pago de las facturas restantes, cuyas respectivas cantidades aparecen señaladas en la transcripción atrás hecha, "observa que las cantidades anteriores no guardan una relación directa con otros cheques girados a favor de la sociedad 'Good Year de Colombia S. A.'. Tales facturas ascienden a la suma de dos mil trescientos veintiséis pesos sesenta y cinco centavos ($ 2.326.65)", que es el valor del principal de la condena decretada contra el demandado Enrique Rojas M.

III

La acusación.

En relación con la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, se formula contra la sen-

tencia del Tribunal el cargo de ser indirectamente violatoria de los artículos 1625, 1654, 1655 y 1849 del Código Civil, "cuando declara probada la excepción de pago parcial de algunas de las facturas de que trata la demanda, porque una de sus premisas radica en la creencia equivocada de que hubo realmente un pago parcial de dichas obligaciones, lo que nunca sucedió, constituyéndose, por tanto, un manifiesto y evidente error de hecho en la interpretación de una de las pruebas aducidas por el demandado y falta de adecuada apreciación de otras".

A intento de demostrar la tacha, el impugnante se extiende en una serie de consideraciones, de lo pertinente de las cuales cabe hacer en resumen la presentación siguiente:

Que habiendo el Tribunal encontrado "probada la obligación a cargo del demandado", con excepción de la factura número 27763, por valor de $ 181.60, o sea "una obligación por un valor equivalente a la suma de las demás facturas que es de $ 13.407.00", procedió luego a considerar "como prueba del pago parcial de la obligación la coincidencia de una parte de los cheques girados por la firma 'Enrique Rojas & Cía. Ltda.', en su cuenta del Banco de Bogotá (Suc. Guayaquil, de Medellín), a favor de 'Good Year de Colombia S. A.', con una parte de las facturas correspondientes a ventas de llantas de Goodyear de Colombia S. A. a 'Enrique Rojas & Cía. Ltda.', por un total de $ 11.261.95, sumando en algunos casos dos o más de estas facturas para que así coincidieran con los valores de algunos de los cheques que se exhibieron por el Banco en la diligencia correspondiente"; y en esta forma, de una parte, quedaron cuatro cheques que indica el recurrente por valor global de $ 3.368.75, "sin que se lograra una combinación para relacionarlos con las facturas", y de otro lado le resultaron al Tribunal, sin coordinación posible con los cheques exhibidos, las seis facturas montantes la suma de $ 2.326.65, a que se redujo el principal de la condena pronunciada contra el demandado Enrique Rojas;

que "en la misma forma en que se hicieron por parte del demandado y del Tribunal ajustes entre el valor de algunos cheques con el valor sumado de algunas facturas, esas combinaciones se hubieran podido variar y presentarse otras con un poco de paciencia e imaginación, como puede apreciarse de los siguientes ejemplos": 1) La sociedad deudora giró con fecha 26 de julio de 1958 el cheque número 16, a favor de la sociedad acreedora, por un valor de $ 3.637.80. Según la versión del demandado, que se desprende de la orden de cheque número 0888 del día siguiente, este instrumento cubrió las facturas números 26449, 26443, 26445, 26444 y 26447, por un total de $ 3.637.80; pero, según la versión del Tribunal, las facturas que cubrió este cheque fueron las números 26449, 26314 y 26315, por monto igual al que se acaba de expresar. 2) La factura número 26314, según el demandado, debió ser pagada con parte del cheque número 99 de 15 de julio de 1958, por valor de $ 2.308.50; pero, según el Tribunal, esta factura debió ser pagada con parte del cheque número 16 del 26 del mismo mes, por valor total de $ 3.637.80. 3) El demandado rechazó en la absolución de posiciones la factura número 27763 de 1º de agosto de 1958, por valor de $ 181.60, como así lo advierte el Tribunal en dos pasos de la sentencia, lo cual no fue óbice para que luego estableciera, que el valor de esta factura y el de la número 27764, aunadas, suman una cantidad igual a la del cheque número 32, de fecha 2 del mismo mes, por $ 643.30;

que "de lo anterior debe concluírse que el honorable Tribunal Superior de Medellín incurrió en un evidente y manifiesto error de hecho, al considerar que como resultado de la exhibición de fecha 23 de febrero de 1960, al confrontar los cheques exhibidos con las facturas presentadas con la demanda, se acreditó el pago del valor de la mayor parte de las facturas, cuando lo que en realidad se probó fue que dichos cheques fueron girados y cobrados como consta en la diligencia de exhibición, pero sin que eso signifique que, como erróneamente lo apreció el Tribunal, así se hubiera probado el pago parcial de la obligación a cargo del demandado, lo que se explica en parte, por no haber apreciado adecuadamente otras pruebas en relación con ésta, como son las confesiones del mismo demandado en la absolución de posiciones sobre los hechos que he destacado sobre la existencia de su cuenta corriente con la sociedad acreedora y el plazo que para el pago de sus facturas ésta le daba, como muy bien lo advirtió el demandante de los párrafos citados y transcritos de su alegato de conclusión en la primera instancia, para objetar esta prueba".

Otros argumentos plantea el recurrente acerca de que las constancias de orden interno de la firma "Enrique Rojas & Cía. Ltda.", denominadas "pedido de cheque", que figuran entre las pruebas del demandado, y que al decir del impugnante no concuerdan con las facturas que obran en el proceso, no son instrumentos procedentes de la compañía acreedora, sino hechos por

el demandado a su favor, por lo cual "carecen de mérito probatorio alguno"; que "existiendo una cuenta corriente entre 'Enrique Rojas & Cía. Limitada' y 'Good Year de Colombia S. A.', los cheques exhibidos no tienen que relacionarse necesariamente con las facturas presentadas con la demanda"; y "que no había razón para que la sociedad deudora renunciara al plazo concedido por su proveedora", observación esta última relacionada con la circunstancia de estar condicionadas las facturas a determinado plazo.

En fin, sienta como evidentes estas proposiciones: "que en el juicio está probado un contrato continuado de compraventa entre las sociedades 'Enrique Rojas & Cía. Ltda.' y 'Goodyear de Colombia S. A.' ", y que "aunque la sociedad acreedora hubiera recibido los cheques relacionados en la exhibición, no puede de ello desprenderse que éstos deban imputarse al pago de las facturas presentadas con la demanda, como lo pretende el Tribunal, porque está probada la cuenta corriente en razón de un contrato de compraventa continuado con plazo de treinta días, promedio para el pago de cada factura, y así se violan los derechos reconocidos por la ley al acreedor para imputar el pago a las deudas que estaban devengadas al tiempo de efectuarse éste, tal como se desprende de los artículos del Código Civil números 1654 y 1655".

De todo lo cual deduce en conclusión que el sentenciador vulneró indirectamente los preceptos del Código Civil atrás relacionados, así: los artículos 1654 y 1655, en el sentido indicado en la última de las transcripciones que del libelo quedan hechas; el artículo 1849 en cuanto, según éste, por el contrato de compraventa "una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero "; y el artículo 1625 en cuanto establece, entre los medios de extinguirse las obligaciones, el "pago efectivo", que no puede estimarse demostrado en relación con las facturas aducidas en este juicio.

Se considera:

1. El cargo, por sus propios términos, está reducido a la imputación de haber incidido el Tribunal en violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho en la operación de relacionar los cheques que representan pagos efectuados por "Enrique Rojas & Cía. Lmitada", con las facturas que acreditan suministros de mercancías hechos a esta sociedad por "Goodyear de Colombia S. A.". Pues aunque la censura trae a colación el argumento de la carencia de valor probatorio de las órdenes privadas sobre expedición de cheques, aducidas por el demandado, por una parte este reparo carece de entidad de cargo en casación, en cuanto ni está formulado específicamente, ni determina cuál sea el precepto de valoración infringido por el sentenciador, y por otra porque no aparece que éste se hubiera servido en definitiva de tales órdenes para llegar a las conclusiones que acogió. Al respecto basta observar que el Tribunal no se refiere en parte alguna a esas órdenes y que, como el mismo recurrente lo alega, hay algunas ocurrencias de disparidad entre la relación de ciertas facturas con determinados cheques hallada por el juzgador y la señalada en algunas de tales órdenes por "Enrique Rojas & Cía. Limitada". Lo que significa que el sentenciador no se sujetó en su operación a los datos emanantes de tales órdenes.

2. Como prueba del error de hecho alegado, invoca el recurrente las aludidas discrepancias parciales entre la correspondencia de ciertos cheques y facturas establecida por el Tribunal y la resultante de algunas de las órdenes de cheque aducidas por el demandado, como también la circunstancia de haber el fallador reputado cubierta con uno de tales cheques la factura número 27763, por valor de $ 181.60, desconocida en posiciones por Enrique Rojas, y además el hecho de que le hubiesen quedado al Tribunal, por fuera de combinación, algunos cheques y algunas facturas.

3. A todo lo cual cabe observar:

Que si el impugnante le niega valor probatorio a las órdenes de cheque emitidas por "Enrique Rojas & Cía. Limitada", mal puede prevalerse de lo que ellas dicen para confutar como erróneos los cálculos del sentenciador en cuanto divergen de las mismas órdenes;

que si el demandado dijo en posiciones desconocer la mencionada factura número 27763, esta afirmación, lejos de ser ignorada por el Tribunal, fue expresa y ampliamente advertida por éste, de modo que no hubo error de hecho en la vista de esa declaración; y si no obstante ello, el sentenciador encontró correspondencia entre uno de los cheques y el valor de aquella factura, como no sería imposible que este valor, por cualquier motivo, equivocado o no, hubiera sido incluído en cuenta por la propia entidad deudora, dado el juego de las relaciones comerciales habidas entre las dos compañías, no resulta como indefectible que hubiera el juzgador incurrido en yerro objetivo evidente en este particular;

que si el Tribunal no incluyó en sus combinaciones los cheques números 99, 10, 11 y 23, por

un total de $ 3.368.75, ni las facturas 26383, 26384, 26443, 26444, 26445 y 26447, montantes la cantidad de $ 2.326.65, valor este último a cuyo pago condenó al demandado, el recurrente no ha demostrado cuál sea la relación entre cheques y facturas que haya de contraponerse como verdadera a la acogida por el sentenciador, vacío éste de que adolece la generalidad de la censura.

4. Mas si se diera el error de hecho que el impugnante pretende haberse cometido, aún así la decisión recurrida tendría que mantenerse en pie, por razones distintas, desde luego, a las del fallador de instancia, a saber:

Acordes han estado las partes en que la venta continuada de llantas y otros elementos, de "Goodyear de Colombia S. A." a "Enrique Rojas & Cía. Limitada", asumió la forma comercial de cuenta corriente. Así lo aceptó en posiciones el demandado (f. 20, C. 2), así lo ha propugnado el demandante, tanto en su alegato de conclusión de primera instancia como en el libelo del recurso extraordinario, y ciertamente permiten considerarlo así los extremos en que se contiene la materia litigiosa, a saber: de un lado, un haz de facturas en que se basa la demanda, datadas del 14 de julio de 1958 al 6 de agosto del mismo año, todas con vencimiento al día 15 del mes siguiente al de su expedición, y según las cuales "Goodyear de Colombia S. A." enajenó de modo continuo llantas y otros elementos a "Enrique Rojas & Cía. Limitada", por un valor total de $ 13.588.60, facturas de las cuales el demandado desconoció en posiciones la número 27763, por valor de $ 181.60, lo que reduciría el monto de estos suministros a la cantidad de $ 13.407.00. Y de otro lado, una serie de cheques girados del 15 de julio de 1958 al 6 de agosto del mismo año, a cargo de "Enrique Rojas & Cía. Ltda.", y a favor de "Goodyear de Colombia", pagados al Banco de Londres como endosatorio de esta última firma, de todo lo cual es testimonio la diligencia de exhibición efectuada dentro de la primera instancia en las oficinas del Banco de Bogotá, Sucursal de Guayaquil, en Medellín, y los cuales cheques, si todos fuesen computados, montarían la suma de $ 14.630.70.

5. Y bien sabido es que en la cuenta corriente comercial no cabe el que los recíprocos suministros de valores se compensen singular o separadamente entre sí, unos con otros. Allí los abonos se hacen, no para cubrir determinados suministros, sino para ser acreditados a la cuenta misma en su generalidad, de manera que sólo en los cortes de la cuenta, verificables en las fechas estipuladas, cabe determinar quién debe a quién y cuánto (arts. 730, 733, 736, 737, 740 y 741, C. Co.).

6. Entonces, en el caso *sub judice*, no tendrían por qué establecerse relaciones aisladas de compensación entre determinados cheques y determinadas facturas. Bastaría con totalizar de cada lado los valores imputables a la cuenta, para obtener el balance o saldo correspondiente, esto es, la definición de cuál de las dos partes resultaría deudora o acreedora de la otra.

7. En esta forma, la confrontación de los totales atrás indicados, arrojaría un saldo favorable al demandado que llevaría a la Corte a tener que adoptar la misma conclusión del Tribunal, por oponerse a cualquier decisión en sentido adverso al recurrente el principio de imposibilidad de la *reformatio in pejus*. Es, por lo tanto, improcedente la censura.

RESOLUCION:

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha trece (13) de octubre de mil novecientos sesenta (1960), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial*, y vuelva el proceso al Tribunal de origen.

Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

CERTIFICADOS DE LOS NOTARIOS

Valor probatorio de los que expidan sobre inexistencia en los libros de una partida de estado civil y sobre la falta de un documento en el protocolo notarial.

Si de acuerdo con el artículo 632 del Código Judicial, hacen plena prueba las certificaciones de quienes lleven el registro del estado civil de las personas, es obvio que el certificado que expidan los Notarios, encargados de ello, sobre la inexistencia en sus libros, de una partida de estado civil, es prueba completa de tal hecho. Sin embargo, el precepto literalmente dispone que en las atestaciones notariales se inserte el acta correspondiente. **Mas si no hay partida que insertar no puede controvertirse que el certificado de dicho funcionario es prueba fehaciente de la falta del expresado documento en esa oficina.**

Si en el caso de que pedida al Notario la copia de un documento que se tiene por protocolizado en su oficina —con arreglo al mismo texto que reconoce pleno valor probatorio "a las copias expedidas formalmente y autorizadas por los secretarios y empleados encargados de los archivos"—, pero que no puede compulsar por no figurar en el protocolo, es también indudable que el testimonio del funcionario sobre esta última circunstancia presta mérito cabal al respecto.

La doctrina de la Sala de Negocios Generales de la Corte, citada en la demanda de casación, niega a los Notarios la facultad de expedir certificados sobre el contenido de los instrumentos protocolizados en su oficina, y concluye que tales certificados no hacen fe en juicio. Pero una cosa es certificar sobre el contenido de los documentos existentes y otra acerca de la falta de los mismos en el protocolo notarial.

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

(Magistrado ponente: doctor José J. Gómez R.).

Juicio de María del Rosario y Alfonso Ruiz Caro contra Luis Hernán Vanegas, Gregorio de Jesús Peña, Luis A. Mejía, Luis Vanegas Ramírez, Luis Fidel Ojeda y Flor de María Ojeda.

Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fechada el 26 de septiembre de 1961.

Recurrentes: Flor de María Ojeda, Luis Fidel Ojeda, Luis A. Mejía, Luis Hernán Vanegas y Gregorio de Jesús Peña.

I

Antecedentes.

1. Los señores Alfonso Ruiz Caro y María del Rosario Ruiz Caro demandaron en el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá, a los señores doctor Luis Hernán Vanegas, Gregorio de Jesús Caro, Luis A. Mejía, Luis Vanegas Ramírez, Luis Fidel Ojeda y Flor de María Ojeda, para que se declare que el juicio de sucesión de Aurelio Caro Angulo fue tramitado en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puente Nacional, sin que los demandantes "hubieran tenido apoderado legítimamente constituído, y además con la intervención de Flor María Ojeda, reconocida como heredera e hija natural, sin tener esa calidad, por lo cual, adoleciendo del vicio de legitimidad sustantiva de la personería de las partes, es nulo en la parte conducente, y es nula la partición de bienes verificada"; que se ordene, en consecuencia, la cancelación del registro de la partición y de la escritura de protocolización del juicio, así como la "reposición de lo anulado"; y se condene a la parte demandada a reintegrar los bienes "con la responsabilidad que le corresponde, según el artículo 1324 del Código Civil, como ocupante de los bienes y causante de la nulidad"; que en subsidio de estos pedimentos se declare la rescisión de la partición

por haberse perjudicado en ella a los actores en más de la mitad de lo que les corresponde, por haber sido incluída Flor de María Ojeda "y demás circunstancias en que fue verificada, y la introducción de representante con intereses personales opuestos a los demandantes que decían representar, y por virtud de contratos y transacciones ilegales; que se declare, además, la nulidad absoluta de la transacción contenida en la escritura número 422 de 22 de noviembre de 1953, de la Notaría de Vélez, según la cual le dieron los otorgantes a Flor de María Ojeda el carácter de hija natural, con el objeto de hacer una cesión de derechos herenciales, contrariando lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 45 de 1936", y también la nulidad del contrato de que da cuenta el instrumento público número 423 de la misma fecha, en cuanto contiene: pactos que "fueron utilizados para asumir una representación y promover actuación judicial y actos de patrimonio ilegales"; y se declare a los demandados responsables de los perjuicios causados a los actores por los actos a que se contraen estas súplicas.

2. Los hechos constitutivos de las acciones incoadas pueden sintetizarse así:

a) Sin mandato de Alfonso Ruiz Caro y María del Rosario Ruiz Caro, el doctor Luis Vanegas Ramírez se presentó en el juicio mortuorio de Aurelio Caro Angulo —seguido ante el Juez Promiscuo del Circuito de Puente Nacional— como mandatario de aquéllos, habiendo sido delegada poco después la supuesta procuración en el doctor Luis Hernán Vanegas.

b) El Juez de la causa reconoció como herederos, por tener el carácter de hijos naturales de Caro Angulo, a los nombrados Alfonso y María del Rosario Ruiz Caro, y al doctor Luis Hernán Vanegas, la calidad de apoderado sustituto de éstos;

c) El Juzgado aprobó los inventarios, decretó la partición y autorizó a los representantes judiciales de todos los interesados para efectuarla. "Acatando —según el hecho noveno— la escritura de transacción número 422 de 22 de noviembre de 1953, de la Notaría de Vélez, por medio de la cual se reconoció como hija natural y heredera a Flor de María Ojeda, se procedió por dichos representantes de los herederos y con interés propio como cesionarios, a hacer el trabajo de partición en perjuicio de los propios representados y en favor de los dichos apoderados, quienes actuaron en ese doble carácter y con esa dualidad de intereses".

d) Al verificar la partición los procuradores de todos los interesados, incluídos los actores —los Ruiz Caro— sin mandato de ellos, obraron de acuerdo con la transacción tachada de ilegal; se atribuyeron facultades dispositivas que no tenían y aumentaron el justiprecio dado a los bienes que atribuyeron a los demandantes en el presente juicio, por lo cual "tanto la escritura mencionada como el acto de la partición llevan el vicio de la ilegalidad y nulidad, habiendo disminuído la cuota de los demandantes en más de un cincuenta por ciento de su valor, pues a los bienes que se les adjudicaron les dieron un aumento de avalúo, al doble del mismo, como puede apreciarse al comparar el acta del inventario con el trabajo de partición".

e) Según certificado del Notario de Puente Nacional, fechado el 6 de abril de 1954, en cuya oficina se hizo la protocolización de la referida mortuoria, no se halló memorial por medio del cual los interesados Ruiz Caro hubiesen conferido mandato para que fuesen representados en dicho juicio, si bien lo habían otorgado al doctor Luis Vanegas Ramírez para lo concerniente al juicio de investigación de la paternidad natural seguido por los mismos Ruiz Caro, mandato que no lo facultaba para obrar a nombre de ellos en el juicio sucesorio expresado.

3. En vista de la oposición de los demandados prosiguió el juicio que en primera instancia terminó con declaración de nulidad de la partición y orden de cancelar las inscripciones hechas en el Registro Público, del mismo acto y de la sentencia aprobatoria; con denegación de la súplica de nulidad de la transacción contenida en la escritura número 422, pasada en la Notaría de Vélez el 22 de noviembre de 1953, así como de la condena a pagar daños y perjuicios; y no se hizo ninguna en costas, por no haber prosperado la totalidad de las peticiones de la demanda.

4. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá decidió así el segundo grado del proceso, por haber apelado de la sentencia del Juez ambas partes contendientes:

"*Primero.* Reformar, como en efecto reforma, los numerales primero y segundo de la parte resolutiva de la sentencia objeto de este recurso, los cuales quedarán así: a) Es nulo todo lo actuado en el juicio de sucesión del señor Aurelio Caro Angulo, a partir del auto que ostenta fecha diez y seis (16) de mayo de mil novecientos cincuenta y dos (1952), por medio del cual el Juez Promiscuo del Circuito de Puente Nacional reconoció como herederos del causante a los señores Alfonso Ruiz Caro y María del Rosario

Ruiz Caro, en su condición de hijos naturales; reconoció también al doctor Luis Vanegas Ramírez como cesionario de la mitad de los derechos que puedan corresponderle en la sucesión a Alfonso Ruiz Caro y María del Rosario Ruiz Caro; declaró a Gregorio de Jesús Peña como cesionario y parte en el juicio del derecho que le pueda corresponder, según consta en la escritura número 4655 de septiembre seis (6) de mil novecientos cincuenta (1950), de la Notaría Cuarta de Bogotá; desconoce la condición de herederos a los anteriormente reconocidos colaterales del causante, y reconoce al doctor Luis Vanegas Ramírez como apoderado del doctor Gregorio de Jesús Peña, hasta la sentencia aprobatoria de la partición, inclusive; b) Como consecuencia de la anterior declaración se ordena la cancelación de los registros de la partición y sentencia aprobatoria de la misma, sentencia que ostenta fecha siete (7) de diciembre de 1953, y registrada en la Oficina de Registro de Puente Nacional el 27 de abril de 1954, en los libros primero y segundo, y Causas Mortuorias.

"*Segundo.* Confirmar, como en efecto confirma, los numerales tercero, cuarto y quinto de la parte resolutiva de la sentencia apelada.

"*Tercero.* Sin costas en el recurso".

II

La sentencia acusada.

5. Afirma el sentenciador que la primera petición del libelo inicial se encamina a obtener la nulidad del juicio mortuorio de Aurelio Caro Angulo y no sólo de la partición; y no tratándose de personería sustantiva, sino adjetiva, el fallo se refiere concretamente al punto de si Alfonso Ruiz Caro y María del Rosario Ruiz Caro estuvieron o no representados en el sucesorio de Aurelio Caro Angulo.

En este orden de ideas considera que según certificado expedido por el Notario del Circuito de Puente Nacional, en dicho juicio mortuorio figura el memorial dirigido por María del Rosario Ruiz al Juez Promiscuo del Circuito del mismo nombre, memorial en el cual otorgó poder al doctor Luis Vanegas Ramírez para que la representase en el mencionado juicio; pero, en cambio, no aparece poder alguno conferido por Alfonso Ruiz Caro con el mismo propósito. Y agrega que de la escritura número 143, de abril 13 de 1950, de la citada Notaría, que contiene un convenio sobre servicios profesionales que el abogado Vanegas Ramírez se obligó a prestar a María del Rosario y Alfonso Ruiz Caro, a fin de obtener la declaración de ser ambos hijos naturales de Aurelio Caro Angulo, no aparece tampoco que el último hubiese conferido mandato a este profesional para que llevase su representación en el juicio mortuorio de Caro Angulo.

Con todo, continúa el fallo, el abogado fue reconocido como apoderado de ambos hijos naturales.

Y concluye:

"Aquí se trata de la acción de nulidad mediante juicio ordinario seguido por quien fue indebidamente representado en el juicio de sucesión del señor Aurelio Caro Angulo, o sea por el señor Alfonso Ruiz Caro, y como ha quedado plenamente acreditado con el certificado del señor Notario del Circuito de Puente Nacional, y con las copias traídas a este juicio, que jamás el señor Alfonso Ruiz Caro le confirió poder alguno al doctor Luis Vanegas Ramírez, en el caso de decretar favorablemente la primera petición, pero no anulando como lo hizo el inferior, únicamente la partición, sino toda la actuación a partir del auto de fecha 16 de mayo de 1952, o sea desde cuando estuvo mal representado en el juicio el señor Alfonso Ruiz Caro, anulándose, por consiguiente, los registros de la partición y la sentencia aprobatoria de ella. En ese sentido habrá de reformarse la sentencia recurrida".

En cuanto a la nulidad de la transacción contenida en el instrumento público número 422, otorgada en la misma Notaría citada, el 22 de noviembre de 1953, dice que es válida porque se trata de un convenio, no acerca del estado civil, sino sobre las consecuencias patrimoniales de un estado civil reconocido o en vía de ser reconocido.

Y concluye denegando la condena impetrada de perjuicios causados por los actos a que se contrae la demanda. Y tampoco la hace en punto a costas de la segunda instancia.

De este fallo recurrieron en casación los demandados, salvo Luis Vanegas Ramírez; pero sólo presentó demanda ante la Corte el procurador de Luis Fidel y Flor de María Ojeda.

III

La acusación de la sentencia.

Primer cargo.

Como se refiere a la causal sexta de casación, se trata de él en primer término.

6. Consiste en haber faltado la citación y emplazamiento de Flor de María Ojeda y Luis Fidel Ojeda, quienes figuran como demandados. Ello, según el recurso, porque el poder conferido por éstos al abogado Luis A. Mejía, lo fue en relación con una demanda que, admitida primero, fue rechazada después por no haber sido presentado en legal forma el poder conferido por los actores al abogado Marino Abadía Valencia, de modo que el mandato otorgado por los Ojeda quedó sin valor para obrar en relación con la nueva demanda, motivo por el cual aquéllos quedaron sin representación.

Aparte de que si la nueva demanda se considera como una corrección de la presentada inicialmente, transcurrió un lapso mayor de seis meses entre las fechas de las dos piezas, lo que imponía una nueva notificación personal a los mencionados Ojeda en la forma prevenida en el artículo 322 del Código Judicial.

Se considera:

7. Primeramente, la demanda de 19 de abril de 1954 (f. 5, C. 1º), fue admitida y notificada a los demandados Ojeda el 12 de junio del mismo año (f. 15 vt. ib.). El auto de admisión fue revocado por proveído de julio 28 (f. 24, ib.). Los actores otorgaron nuevo mandato conforme a la ley (f. 25 vt.), y el apoderado ratificó la actuación anterior (f. 26), motivo por el cual el Juzgado volvió a admitir la demanda primitiva, ordenó notificarla y dar nuevos traslados, por providencia de agosto 18 del mismo año (f. 26 vt.), lo cual se cumplió, respecto a los Ojeda, en la persona del abogado Luis A. Mejía, a quien habían nombrado apoderado cuando les fue notificado el primitivo libelo.

Si la demanda a la postre fue admitida, por haber quedado subsanado el vacío que motivó la revocación de la admisión de ella, no puede decirse que por esta revocatoria hubiese quedado definitivamente cancelado el mandato conferido al abogado Mejía en relación con el libelo inicial, siendo así que la demanda fue nuevamente admitida. Se trata de la misma demanda —que luego fue enmendada—, cuya admisión se repitió al ser corregida la deficiencia tocante a la presentación del memorial de mandato, de forma que es evidente la unidad del procedimiento, y, por tanto, la procuración conferida en mira a la demanda que dio comienzo al proceso readquirió todo su alcance y valor al otorgar los actores debidamente el nuevo poder, y al ratificar el apoderado la actuación anterior.

Segundo cargo.

8. Consiste en error de derecho en la apreciación del certificado del Notario del Circuito de Puente Nacional, que los actores acompañaron con su demanda, con infracción medio del artículo 632 del Código Judicial, y final de los artículos 1502, inciso segundo, y ordinales 2º y 3º del artículo 448 del Código Judicial.

El error de derecho radica, según el recurso, en haber atribuído valor de prueba plena del hecho de la falta de representación del demandante Alfredo Ruiz Caro, al referido certificado del Notario, siendo así, por una parte, que los notarios no pueden certificar sino en los casos taxativamente previstos en las leyes, y no se trata de copias expedidas por quien tiene a su cargo un archivo de oficina pública; y por otra, los ordenamientos procesales brindan medios, como la inspección ocular, con cuyo auxilio habría podido comprobarse la circunstancia de no haber otorgado poder el nombrado Ruiz Caro para que otro llevase su personería en el juicio mortuorio.

Se considera:

9. Sin descartar la inspección ocular como medio probatorio por excelencia, no hay duda de que para demostrar el hecho negativo de no figurar en el sucesorio de Aurelio Caro Angulo, memorial de mandato otorgado por Alfonso Ruiz Caro, el camino seguido en el presente caso no carece de eficacia bastante a acreditar tal hecho.

Porque, si de acuerdo con el artículo 632 del Código Judicial, hacen plena prueba las certificaciones de quienes llevan el registro del estado civil de las personas, es obvio que el certificado que expidan los Notarios, encargados de ello, sobre la inexistencia en sus libros, de una partida de estado civil, es prueba completa de tal hecho. Sin embargo, el precepto literalmente dispone que en las atestaciones notariales *se inserte el acta correspondiente.* Mas si no hay partida que insertar no puede controvertirse que el certificado de dicho funcionario es prueba fehaciente de la falta del expresado documento en esa oficina.

Si en el caso de que pedida al Notario la copia de un documento que se tiene por protocolizado en su oficina —con arreglo al mismo texto que reconoce pleno valor probatorio "a las copias expedidas formalmente y autorizadas por los secretarios y empleados encargados de los archivos"—, pero que no puede compulsar por no figurar en el protocolo, es también indudable

que el testimonio del funcionario sobre esta última circunstancia presta mérito cabal al respecto.

La doctrina de la Sala de Negocios Generales de la Corte, citada en la demanda de casación, niega a los Notarios la facultad de expedir certificados sobre el contenido de los instrumentos protocolizados en su oficina, y concluye que tales certificados no hacen fe en juicio. Pero una cosa es certificar sobre el contenido de los documentos existentes, y otra acerca de la falta de los mismos en el protocolo notarial.

DECISION:

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha veintiséis (26) de septiembre de mil novecientos sesenta y uno (1961), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Alfonso Ruiz Caro y otra contra la sucesión de Aurelio Caro Angulo.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

El Secretario, *Ricardo Ramírez L.*

BUENA Y MALA FE

La ausencia de título no permite generalmente presumir la buena fe.

1. El artículo 768 del Código Civil dice que la buena fe "es la conciencia de haberse adquirido el dominio por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio". Si la buena fe consiste en la conciencia, no hay duda de que es factor subjetivo, estrictamente moral, del fuero interno, que concierne al sujeto exclusivamente, porque, en primer lugar, la ley carece de instrumentos experimentales para precisar de manera directa esa situación psicológica positiva del poseedor, y en segundo lugar, una norma de organización ética universal, punto de partida de los ordenamientos positivos, manda que no se juzgue de los actos humanos sino partiendo de un principio de rectitud, ya que de otro modo no podría imprimirse orden en la vida de los hombres en sociedad.

Lo cual expresa, por una parte, la magnitud de la presunción que de tal modo preside las relaciones jurídicas; por otra, que el desvirtuarla no compete ya a la ley sino al hombre, y, en fin, que esta tarea requiere una demostración suficiente de mala fe que aniquile la presunción, pues no puede con pruebas a medias destruírse esta base social de trascendente finalidad.

La mala fe debe resultar, por tanto, de hechos a los cuales la ley ha asignado, unas veces, el papel comprobativo de tal estado, o del Juez en las más, al reconocer con base en hechos inequívocos que, a su juicio, son contrarios a la buena fe presupuesta por la ley. Esta califica de mala fe, muy pocos, justamente por tratarse de un elemento moral, v. gr. el haber sabido y ocultado la muerte del desaparecido o su existencia (C. C., 109), la detentación u ocultamiento de un acto testamentario (C. C., 1025, 5º); el haber comenzado la posesión cuando se tenía la cosa a título de mera tenencia (C. C., 2531). Y ha erigido el error de derecho en presunción de mala fe que no puede desvirtuarse (C. C., 768), como reflejo del principio de que todo el mundo conoce la ley, principio cuya incidencia jurídica perfila cada día mejor su alcance verdadero. Y por esto nuevas legislaciones y doctrina y jurisprudencia copiosas vienen reconociendo, según las circunstancias del caso, poderes en el Juez para juzgar del referido factor moral en la aplicación de dicho principio. Nuestra jurisprudencia no ha sido ajena a esta corriente (V. casaciones septiembre 29 de 1935, XLIII, 1904, 129, y marzo 24 de 1942, LIII, 1984 y 1985, 259).

2. "La falta de todo título, especialmente en materia inmobiliaria, es una circunstancia jurídicamente anormal, que no permite generalmente presumir la buena fe", ha dicho la Corte (Cas. abril 2 de 1941, LI, 1970, 172), lo cual significa que la carencia de título no supone necesariamente mala fe en el poseedor. Y se infiere, además, de los términos de la mencionada sentencia, que es el Juez a quien compete apreciar las circunstancias que en cada caso sean suficientes a fundar la buena fe del poseedor, no obstante carecer de título. El artículo 739 del Código Civil, en su segunda parte, no sanciona el proceder de quien sin título alguno, pero a ciencia y paciencia del dueño de la tierra, edifica, planta o siembra, al preceptuar que el propietario para recobrarla, pague el valor del edificio, plantación o sementera. Sobra agregar que quien ejecuta estos actos sabe que no tiene título y, sin embargo, de acuerdo con dicho texto existe en el ocupante indiscutible buena fe. Lo cual demuestra que es exacto el aserto de la Corte, según el cual la ausencia de título "no permite generalmente presumir la buena fe", pero sí en algunos casos, cuyos caracteres produzcan en el juzgador la convicción de una conducta no reñida con ella.

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

(Magistrado ponente: doctor José J. Gómez R.).

Juicios acumulados de pertenencia, uno, promovido por "Centro Provivienda Manuel María Barona", con la oposición de Julio Garrido C. y Carlos A. Garrido V.; y de reivindicación, otro, de los nombrados Garrido C. y Garrido V. contra dicha entidad y otros.

Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, fechada el 27 de septiembre de 1961.

Recurrente: la parte actora.

I

Antecedentes.

1. Este proceso da cuenta de dos litigios acumulados:

a) El ordinario a que dio lugar la oposición de Julio Garrido C. y Carlos Arturo Garrido V. a la demanda de pertenencia del dominio introducida por el "Centro Provivienda Manuel María Barona", persona jurídica reconocida por el Ministerio de Justicia mediante Resolución número 85 de 31 de marzo de 1948, y

b) El de reivindicación promovido por los mismos Garrido C. y Garrido V. contra la nombrada entidad y ciento doce personas naturales más.

2. El objeto de una y otra litis, después de precisiones logradas en el juicio, a causa de cambios introducidos por el Municipio de Cali en la planeación del respectivo sector urbano, es un lote de terreno ubicado en la misma ciudad, dentro del área de los antiguos barrios de Santa Rosa o El Matadero, y actualmente limitado así: por el norte, con predio del Municipio de Cali (Escuela de Artes y Oficios o Instituto Industrial "Antonio José Camacho"); sur, con la carrera 20; occidente, con la calle 11, y por el oriente, con una línea recta que arranca de un punto situado en la carrera 20, a los setenta y seis metros con cincuenta centímetros (76.50 ctms.), contados a partir del paramento de la calle 11, hacia la calle 12, línea determinada en su mayor extensión o parte con una pared de ladrillo, y que se prolonga hasta el límite norte de este lote de terreno, o sea hasta la Escuela de Artes y Oficios, atravesando las carreras 19 y 19-bis.

3. El Juez Primero del Circuito de Cali, después de ordenar la acumulación de los litigios, los falló el 4 de febrero de 1958, declarando a favor de los actores la propiedad del inmueble y de las mejoras en él levantadas "previo abono de ellas", y condenando a los demandados a la restitución del mismo y de los frutos con relación al tiempo posterior a la contestación de la demanda.

Apelada por ambas partes esta providencia, le fue concedido el recurso a los actores, mas no a los demandados —según auto que no fue reclamado por éstos— a causa de no haber satisfecho unas costas pendientes. En consecuencia, la segunda instancia se concretó a decidir sobre lo desfavorable del fallo para los actores.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en sentencia de 27 de septiembre de 1961, confirmó el fallo recurrido, en cuanto al reconocimiento de la propiedad en cabeza de los demandantes; lo reformó en lo referente a las prestaciones de frutos y mejoras, respecto de las cuales debe tenerse a los demandados como poseedores de mala fe; y denegó la declaración de propiedad por usucapión, impetrada por el "Centro Provivienda Manuel María Barona".

Recurre en casación la parte demandada, quien formuló su demanda oportunamente, a la cual replicó la parte opositora.

II

La sentencia de instancia.

4. Circunscribe el Tribunal la alzada a la parte del fallo de primer grado, desfavorable a los actores, ya que a la contraparte no le fue concedido el recurso, según antes se expuso.

Aclara la línea oriental del lote de terreno, atendiendo a ulteriores reformas introducidas a la planificación urbana del Municipio:

"Sin embargo —dice el fallo—, de que el Juez *a quo,* al examinar las condiciones axiológicas de la acción de dominio ningún reparo hizo a la determinación e identificación que se efectuó en las inspecciones oculares ni al dictamen en esta parte de los peritos, aceptó por lo mismo la situación de hecho existente, la que en absoluto varía la identidad e integridad del bien por el simple cambio de ubicación de la calle 12, pero no reprodujo esta apreciación en la parte resolutiva de la sentencia, pues que en el numeral 1º de ésta se remitió el Juzgado a la antigua alinderación del bien. La sentencia debe ser, por lo

mismo, reformada en esta parte y en lo concerniente a la orden de entrega o restitución".

Sobre las calidades de la posesión afirmada por los demandados, como sustento de la prescripción adquisitiva alegada, analiza directamente hechos y factores, de los cuales concluye que no puede mantenerse la calificación de buena fe de la posesión de la misma parte litigante, pronunciada por el Juez *a quo;* y, además, la condena en concreto a pagar los frutos civiles, a razón de cuatrocientos cincuenta pesos ($ 450) mensuales, respecto al tiempo comprendido entre el mes de enero de 1948 hasta el día de la restitución del inmueble, con fundamento en dictamen pericial rendido en el juicio.

Acerca de las mejoras, proyectando al respecto la misma calificación, declara que los actores no están obligados a pagar las construídas por los poseedores, quienes tienen el derecho de llevarse los materiales, ya que la parte demandante manifestó que no le interesaba conservarlas.

Y como en el curso de la segunda instancia la parte actora presentó copia registrada de la escritura número 474 de 5 de mayo de 1951, de la Notaría Segunda de Popayán, sobre cesión que dicha parte hizo a los abogados Miguel Dueñas Tello y Luciano Rivera B., de derechos litigiosos en este proceso, en la proporción de un treinta por ciento para el primero y un diez por ciento para el segundo, a título de dación en pago por servicios profesionales prestados en la misma controversia, el fallo hace el reconocimiento de la propiedad, en proporción de las cuotas respectivas. Esta es la parte resolutiva:

"*Primero.* El señor Julio Garrido C. y los doctores Carlos Arturo Garrido V., Miguel Dueñas Tello y Luciano Rivera B. son dueños absolutos y exclusivos, en común y proindiviso, y en la proporción del sesenta por ciento (60%) los dos primeros, del treinta por ciento (30%) el tercero, y del diez por ciento (10%) el cuarto, del lote de terreno ubicado... (aquí situación y linderos).

"*Segundo.* El Centro Provivienda Manuel María Barona, de Cali, por conducto de su representante legal y José Vicente Bastidas, Luis Angel Barona Villalobos, Secundina Campaña de Quenguán, Rosa Bravo de Ramírez, Efraín Paredes Benavides, Eliécer Quenguán Medina, Higinio Quenguán Mejía, Marco Tulio Rocha, José de la Cruz Moreno, Lino Cadena, Rogerio Henao, Julia Giraldo viuda de Cortés, Arturo Molina, Eloísa Navarro, Efraím Nieva Echeverri, Isaac Paz Narváez, Josefina Matallana, Próspero Muñoz Rivera, José Pastor Truque, Bárbara Quintero, Cecilia Mosquera Caicedo, María de Jesús Morera, Julio Montenegro, Celio Chaparro Taborda, José Manuel Olave, José de Jesús González, Juan José Mejía Potosí, Ramón Sánchez Crespo, Laura Rodríguez, Tomás J. Pretel, José Joaquín Patiño, Ana Julia Cuenca, Rafael Solarte, Luis Narváez, Francisco A. Martínez, Gerardo Cortés, Jovita Bolaños, Cornelia Riascos, Saturia Morán, Policarpo Sandoval, Bernardo Muñoz, María Luisa Monzón, José Guillermo López, Vicente Santacruz, José Ramírez, José Velasco, Pedro A. Diago, Juan Giraldo, Pedro Guerrero, Jorge Enrique Jaramillo, Francisco Espinosa, Urbano Narváez, Rosalbina Sánchez, Manuel José Olave, Pérsides Díaz, Lucrecia Esquivel, Pedro Nel Medina, Jorge Enrique Caicedo, Luis Barona, Luis Cuencia, Rosalbina Calero, Florentino Mosquera, Raquel Bastidas viuda de Jaramillo, Secundina Campaña de Quenguán, Jesús Muñoz, Hermencia Muñoz, Ismenia Campo, Rafael Sánchez, Juan Carabalí, Jorge Pinillos, Florentino Figueroa, Elodia Castillo, Jorge Enrique Caicedo, Amelia González, Inés Balanta, José María Duque, Carmen Balanta, José Santacruz, Carmen Reina, Máximo o Maximino Salazar, Alejandro Rebolledo, Carlos Pasuy, José María Cruz M., Hernando Toquica, José María Andrade, Mario Muñoz, Carmen Vargas, Ana Felisa Aragón y José Vicente Cerón, están obligados a restituír y entregar al señor Julio Garrido C. y a los doctores Carlos Arturo Garrido V., Miguel Dueñas Tello y Luciano Rivera B., dentro de los tres días siguientes al en que quede ejecutoriada la sentencia, el lote de terreno determinado en el punto primero.

"*Tercero.* El Centro Provivienda Manuel María Barona, de Cali, y todas las personas naturales que se dejan expresadas en el punto segundo, están obligadas a pagar al señor Julio Garrido C. y a los doctores Carlos Arturo Garrido V., Miguel Dueñas Tello y Luciano Rivera B., en la proporción expresada en el punto primero, dentro del término de los tres (3) días siguientes al de la ejecutoria de esta sentencia, el valor de los frutos civiles del lote de terreno especificado en el punto primero, durante el lapso comprendido entre el mes de enero de 1948 y la fecha de esta sentencia, más el valor que los cuatro actores hubieran percibido desde esta última fecha hasta el día en que se efectúe la restitución y entrega del expresado lote de terreno, a razón de cuatrocientos cincuenta pesos ($ 450.00) mensuales.

"*Cuarto.* El señor Julio Garrido C. y los doctores Carlos Arturo Garrido V., Miguel Dueñas

Tello y Luciano Rivera B. no están obligados a abonar o pagar a los poseedores vencidos el valor de ninguna de las mejoras, casas o viviendas existentes en el lote de terreno determinado en el punto primero, sin perjuicio del derecho que de conformidad con el artículo 966 —inciso final— del Código Civil, les corresponde a los demandados de poder llevarse los materiales de dichas mejoras, siempre y cuando puedan ser separados sin detrimento de la mejora, casa o vivienda.

"*Quinto.* Niégase la declaración de propiedad que por el modo de la prescripción adquisitiva de dominio ha solicitado el Centro Provivienda Manuel María Barona en su demanda del doce (12) de febrero de 1951.

"*Sexto.* Regístrase esta sentencia y la de primera instancia en el libro respectivo de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali, previa cancelación de la inscripción de la demanda.

"*Séptimo.* Condénase a los demandados a pagar las costas de este juicio, y

"*Octavo.* En los anteriores términos quedan confirmados lo numerales tercero, sexto y séptimo de la sentencia de primera instancia; reformados los numerales primero y segundo de la misma; revocados los numerales cuarto y quinto, y adicionada toda por los numerales quinto y sexto de la presente sentencia".

III

La acusación de la sentencia.

Cabe observar, ante todo, que la impugnación se limita —como era de rigor— a aquellos puntos de la sentencia en que fue reformada la de primer grado, ya que en lo demás pasó en autoridad de cosa juzgada por la causa antedicha.

Primer cargo.

5. Se acusa la sentencia por error de hecho en el examen de las afirmaciones 11ª, 12ª y 13ª del libelo de oposición formulada en el juicio de pertenencia por Julio Garrido C. y Carlos Arturo Garrido V. a la demanda del "Centro Provivienda Manuel María Barona", con la consiguiente violación de los artículos 209 y 398 del Código Judicial, y 946 del Código Civil.

Dice el cargo:

"De acuerdo con los términos del libelo principal y del de corrección a éste, las peticiones de dominio y reivindicación del expresado lote o globo de terreno urbano en Cali, están enderezadas o dirigidas a favor de dos personas que alegan condominio, y en contra de una asociación denominada 'Centro Provivienda Manuel María Barona', con domicilio en Cali, representada por su Presidente, señor Luis A. Barona V., contra éste personalmente, y contra todas y cada una de las personas naturales que en número de 112 se especifican en el hecho décimotercero del libelo de corrección de la demanda principal, junto con las mejoras que concretamente tienen ellas allí.

"En interpretación del pedimento antes esbozado, el honorable Tribunal Superior de Cali dice que el señor apoderado de los demandantes planteó y conforme a este planteamiento se aceptó una doble acumulación: una objetiva de carácter inicial, concurrente y causal que resulta del concurso de las varias acciones reivindicatorias destinadas a reintegrar el patrimonio de los actores las sendas porciones del fundo de 'Pueblo de Lata' poseídas por los demandados, y otra subjetiva que consiste en la pluralidad de demandados, en la litis consorcio pasiva, de carácter potestativo que encierra el grupo de éstos.

"El error del sentenciador, HH. MM., estriba, a mi entender, en creer, sin fundamento procesal que lo respalde, que los demandados o reos en este juicio o proceso acumulativo inicial plurilateral, están ligados por una relación de derecho sustancial que dé lugar a la conexión jurídica entre los diversos pedimentos de las acciones que serían necesarias en el caso de autos, comoquiera que los sujetos son distintos, como distinta es la posición jurídica de los mismos en relación con sus posesiones y mejoras, no sólo por el título sino por el espacio, como luego se verá".

Se considera:

6. La acumulación de los autos es procedente en este caso:

a) Por la identidad de los opositores a la demanda de pertenencia, que son Julio Garrido C. y Carlos Arturo Garrido V., o sean los mismos actores en el litigio de reivindicación; por la identidad de la causa, que es el derecho de propiedad del mismo bien, cuyo reconocimiento pretenden a su favor ambas partes contendientes; por la identidad de la acción, que en los dos juicios persigue la restitución del inmueble; por la identidad de la cosa, establecida plenamente en el proceso; y en parte por la identidad de los demandados.

El ordinal 5º del artículo 398 del Código Judicial prescribe la acumulación cuando la "acción y la cosa son las mismas, y las personas distintas". (V. casación de 16 de septiembre de 1943-LVI, 2001 a 2005, 129).

b) El incidente de la acumulación quedó cerrado mediante providencia ejecutoriada de 9 de noviembre de 1954, proferida por el Juez del conocimiento, contra la cual la parte que demanda en casación no reclamó. Mal puede ser un punto como este de la acumulación, ya fenecido en el proceso, materia del recurso extraordinario —que no es una nueva instancia—.

Segundo cargo.

7. Se apoya en la causal sexta de casación consistente en no haber sido citado al juicio el Municipio de Cali, cuando debió llamársele, según el artículo 448, ordinal 3º del Código Judicial, ya que el Municipio "por medio de sus órganos, también ha ejercido actos de poder y posesión, ya para empadronar a las personas que hoy lo ocupan con edificaciones de todo género, exigiendo los tributos e impuestos a éstos, otorgándoles permisos para ejecutar obras..., interviniendo en los planes de urbanización proyectada, destinando zonas para la apertura y ampliación de calles y carreras, esto es, impidiendo que pretendidos dueños de tierras urbanas en el Distrito de Cali (Valle) dispongan a su arbitrio de ellas, y lleguen en su arbitrariedad hasta pretender la demolición de edificaciones en terrenos que ya hoy pueden considerarse de uso público, con calles y carreras y obras de sanidad, sobre las cuales solamente el Municipio de Cali está autorizado para proyectar, dirigir y controlar".

Se considera que en tratándose de un litigio sobre propiedad privada, es, en principio, extraña la intervención de la Administración. Mas por una parte, de existir el motivo de nulidad alegado, sería el Municipio y no otro, el llamado a alegarla; y por otra, sus intereses no pueden afectarse por ser un extraño al litigio, a quien el fallo no le sería oponible.

Tercer cargo.

8. Se ataca la sentencia en cuanto considera a los demandados como poseedores de mala fe, y condiciona a tal declaración las prestaciones de frutos y mejoras.

Consiste la impugnación en el error de hecho que afirma haber sufrido el Tribunal en el examen de dos piezas probatorias presentes en el juicio: a) El certificado del folio 103 vt. del cuaderno 2-bis, del Alcalde Municipal de Cali, fechado en noviembre 16 de 1948; b) La sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, con fecha 31 de mayo de 1951, y cuya copia corre a folios 110 vt. y siguientes del mimo cuaderno.

Según el primero de estos documentos, "la Alcaldía concedió permiso a los moradores de 'Pueblo de Lata', o sea del terreno a que los juicios acumulados se refieren, para reconstruír sus habitaciones, con cambios de materiales y sometimiento al plano y a los reglamentos de la urbanización de Cali".

De acuerdo con el segundo, se adelantó juicio de entrega de la cosa vendida, entablado a Julio Garrido C. por Carlos Arturo Garrido V., y en el cual se ordenó hacer la entrega solicitada, la que fue suspendida por la oposición de los habitantes de "Pueblo de Lata", quienes invocaron calidad de poseedores, la cual les fue reconocida por el Tribunal Superior, y en tal virtud la entrega no se hizo. El fallo aludido hace referencia al antes mencionado certificado del Alcalde y a un concepto pericial, del cual resulta que había en el lote de terreno habitaciones antiguas, otras recientes y otras en actual construcción, y agrega la dicha sentencia:

"Así, pues, si los opositores a la entrega han venido ocupando el inmueble de que se trata, sin habérselo impedido nadie, si procedieron a reconstruír las viviendas que allí tienen con expreso permiso de la autoridad competente, sin ser privados en ningún momento del ejercicio de la facultad que como poseedores tenían, y sí, por último, ellos no fueron parte en el juicio posesorio que terminó con la sentencia de cuyo cumplimiento se trata, es lógico concluír que su oposición a la entrega es atendible, pues su derecho a retener el inmueble se encuentra plenamente establecido. Cabe por último agregar que con base en las pruebas ya indicadas y apareciendo del dictamen de los señores peritos que en el punto denominado 'Pueblo de Lata' hay casas de reciente construcción y otras en obra, se podría estar frente a uno de los casos previstos en el artículo 739 del Código Civil, para lo cual lo pertinente sería una acción de recobro contra los opositores, caso de ser el demandante dueño de los terrenos donde las aludidas edificaciones se levantan...".

Concluye el cargo afirmando el quebrantamiento de los artículos 768, que define la buena fe en la posesión; 769, que consagra la presunción legal de buena fe, y 965 y 966, sobre pres-

taciones mutuas en los juicios de dominio, todos ellos del Código Civil.

9. Arguye el opositor que la estimación de la buena o mala fe del poseedor concierne a la autonomía del juzgador de instancia, por tratarse de una labor moral, de conciencia, extraña a la potestad de la casación, aparte de que no existe el error de hecho alegado; razones por las cuales, concluye, no es procedente el cargo.

Se considera:

10. A) El artículo 769 del Código Civil estatuye una presunción legal en favor del poseedor, en virtud de la cual se le atribuye buena fe en su relación de hecho frente a la cosa.

El artículo 768 dice que la buena fe "es la conciencia de haberse adquirido el dominio por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio". Si la buena fe consiste en la *conciencia,* no hay duda de que es factor subjetivo, éstrictamente moral, del fuero interno, que concierne al sujeto exclusivamente, porque, en primer lugar, la ley carece de instrumentos experimentales para precisar de manera directa esa situación psicológica positiva del poseedor, y en segundo lugar, una norma de organización ética universal, punto de partida de los ordenamientos positivos, manda que no se juzgue de los actos humanos sino partiendo de un principio de rectitud, ya que de otro modo no podría imprimirse orden en la vida de los hombres en sociedad.

Lo cual expresa, por una parte, la magnitud de la presunción que de tal modo preside las relaciones jurídicas; por otra, que el desvirtuarla no compete ya a la ley sino al hombre, y, en fin, que esta tarea requiere una demostración suficiente de mala fe que aniquile la presunción, pues no puede con pruebas a medias destruírse esta base social de trascendente finalidad.

B) La mala fe debe resultar, por tanto, de hechos a los cuales la ley ha asignado, unas veces, el papel comprobativo de tal estado, o del Juez, en las más, al reconocer con base en hechos inequívocos que, a su juicio, son contrarios a la buena fe presupuesta por la ley. Esta califica de mala fe, muy pocos, justamente por tratarse de un elemento moral, v. gr. el haber sabido y ocultado la muerte del desaparecido o su existencia (C. C., 109), la detentación u ocultamiento de un acto testamentario (C. C., 1025, 5º); el haber comenzado la posesión cuando se tenía la cosa a título de mera tenencia (C. C., 2531). Y ha erigido el error de derecho en presunción de mala fe que no puede desvirtuarse (C. C., 768), como reflejo del principio de que todo el mundo conoce la ley, principio cuya incidencia jurídica perfila cada día mejor su alcance verdadero. Y por esto nuevas legislaciones y doctrina y jurisprudencia copiosas vienen reconociendo, según las circunstancias del caso, poderes en el Juez para juzgar del referido factor moral en la aplicación de dicho principio. Nuestra jurisprudencia no ha sido ajena a esta corriente. (V. casaciones septiembre 29 de 1935, XLIII, 1904, 129, y marzo 24 de 1942, LIII, 1984 y 1985, 259).

C) "La falta de todo título, especialmente en materia inmobiliaria, es una circunstancia jurídicamente anormal, que no permite generalmente presumir la buena fe", ha dicho la Corte (Cas. abril 2 de 1941, LI, 1970, 172), lo cual significa que la carencia de título no supone necesariamente mala fe en el poseedor. Y se infiere, además, de los términos de la mencionada sentencia, que es al Juez a quien compete apreciar las circunstancias que en cada caso sean suficientes a fundar la buena fe del poseedor, no obstante carecer de título. El artículo 739 del Código Civil, en su segunda parte, no sanciona el proceder de quien sin título alguno, pero a ciencia y paciencia del dueño de la tierra, edifica, planta o siembra, al preceptuar que el propietario para recobrarla pague el valor del edificio, plantación o sementera. Sobra agregar que quien ejecuta estos actos sabe que no tiene título y, sin embargo, de acuerdo con dicho texto existe en el ocupante indiscutible buena fe. Lo cual demuestra que es exacto el aserto de la Corte, según el cual la ausencia de título "no permite generalmente presumir la buena fe", pero sí en algunos casos, cuyos caracteres produzcan en el juzgador la convicción de una conducta no reñida con ella.

11. La posesión de los demandados no aparece sustentada en un título, porque la escritura de 23 de junio de 1948, de la Notaría Primera de Cali, que da cuenta de la donación que hiciera don Manuel María Barona a los menesterosos de la ciudad de Cali, no radica el derecho donado en terrenos determinados, dada la generalidad de los linderos.

Mas los documentos respecto de los cuales dice el presente cargo que no fueron estimados por el sentenciador, son suficientes para respaldar la buena fe de los demandados, no para los efectos de la prescripción adquisitiva, sino en cuanto a las prestaciones mutuas, secuela de la reivindicación. No se invade con ello la órbita de la ins-

tancia, pues que no se trata de revisar en sí el juicio del sentenciador sobre el factor psicológico calificador de la conducta de los demandados, sino de hacer participar en el examen de los hechos a unas pruebas inadvertidas por él.

El certificado del Alcalde de Cali, de fecha 16 de noviembre de 1958 (f. 103 vt., C. 2-bis), dice haber concedido permiso a los moradores de "Pueblo de Lata", "para reconstruír sus habitaciones, con cambios de materiales y sometimiento al plano y a los reglamentos de la urbanización de Cali".

Del fallo del Tribunal en el juicio posesorio seguido entre los señores Garrido V. y Garrido C., fechado el 31 de marzo de 1950, se inserta lo siguiente:

"De lo anotado hasta quí, se desprende que no se ha demostrado el vínculo jurídico que por virtud de un presunto contrato de arrendamiento exista entre los opositores y el demandado, señor Julio Garrido. Y como los dichos opositores no han sido demandados en el juicio posesorio, a que ya se hizo referencia, no han reconocido tampoco el expresado vínculo contractual, debe estarse a la situación por ellos planteada; esto es, que son poseedores, pues tal calidad se tiene con la ocupación que ostenta y con el ánimo que han manifestado, sin prueba en contrario, de ser poseedores del inmueble que iba a ser objeto de la entrega. Esta posesión y el ánimo de ejercitarla como dueños, se evidencia, además, con la declaración del señor José María Viveros, quien manifiesta que los ya expresados opositores a la entrega, poseen desde el año de 1932 el inmueble dicho, sobre el cual han edificado sus viviendas, y sin reconocer dominio a ninguna otra persona. La declaración del señor Viveros la tiene en cuenta la Sala, no como plena prueba, sino como una presunción muy atendible, que, unida a otras pruebas que obran en el expediente, llevan al ánimo la certeza de que los opositores a la entrega de que se ha hecho mención, tienen derecho a retener en su poder el inmueble ocupado por ellos. En efecto, obra en el cuaderno de pruebas de los opositores una certificación del señor Alcalde de la ciudad, de donde aparece que la Alcaldía 'concedió permiso a los moradores de 'Pueblo de Lata' para reconstruír sus habitaciones, con cambios de materiales y con sometimiento al plano y a los reglamentos de la urbanización de Cali'. El Comandante de la Policía Municipal de esta ciudad suspendió inicialmente aquellas obras de reconstrucción, pero luego, y a virtud de la autorización dada por el señor Alcalde, facultó a los moradores de 'Pueblo de Lata' para continuar esos trabajos de reconstrucción de sus habitaciones. Obra también un certificado del Jefe de la Sección Civil de la Alcaldía de esta ciudad, de donde aparece que ni el señor Julio Garrido ni el doctor Carlos Arturo Garrido han intentado allí acción alguna sobre protección 'a sus propiedades de 'Pueblo de Lata', contra persona alguna ocupante de dichos terrenos'. Por otra parte, los peritos que intervinieron en la diligencia de inspección ocular llevada a término durante el período probatorio de la articulación, dijeron: 'Queremos dejar constancia, además, que hay ranchos de edificación muy antigua, como también hay casas de muy reciente construcción, y que hay otras que están en plena construcción como ya anotamos al hablar de cada una de ellas en la debida oportunidad'. Así, pues, si los opositores a la entrega han venido ocupando el inmueble de que se trata, sin habérselo impedido nadie, si procedieron a reconstruír las viviendas que allí tienen con expreso permiso de la autoridad competente, sin ser privados en ningún momento del ejercicio de la facultad que como poseedores tenían, y si, por último, ellos no fueron parte en el juicio posesorio que terminó con la sentencia de cuyo cumplimiento se trata, es lógico concluír que su oposición a la entrega es atendible, pues su derecho a retener el inmueble se encuentra plenamente establecido. Cabe, por último, agregar que con base en las pruebas ya indicadas y apareciendo del dictamen de los señores peritos que en el punto denominado 'Pueblo de Lata' hay casas de reciente construcción y otras en obra, se podría estar frente a uno de los casos previstos del artículo 739 del Código Civil, para lo cual lo pertinente sería una acción de recobro contra los opositores, caso de ser el demandante dueño de los terrenos donde las aludidas edificaciones se levantan".

Estos documentos demuestran, primero: que los ocupantes del terreno a que este juicio hace referencia, venían en ello hacía algunos años, con viviendas construídas por los mismos, antiguas unas y otras recientes, sin oposición de los titulares de la propiedad; segundo: que el Alcalde del Municipio de Cali autorizó a los ocupantes, constructores y habitadores, en noviembre de 1948, para reconstruír sus viviendas con otros materiales y con sujeción al plano y reglamentos de la urbanización de Cali, y tercero: el hecho de haber sido admitida la oposición de los moradores a la entrega judicial del inmueble, ordenada en juicio seguido entre los señores Garrido, actores en el presente doble proceso, con fundamento en el hecho de la posesión que aquí-

llos alegaron, motivo por el cual la entrega no se verificó.

Ahora bien:

El hecho de la posesión reconocida por el Tribunal en aquel litigio, en favor de los vecinos de "Pueblo de Lata"; la afirmación del Tribunal de haber sido construídas las moradas, especialmente las antiguas, sin el reclamo de los titulares, y la circunstancia de haber sido autorizados los ocupantes por funcionario competente para reconstruírlas, con otra especie de elementos y con observancia de las normas y planificación municipales, son factores que se oponen a que en esta controversia surja la prueba de la mala fe de los demandados, con la plenitud y certeza requeridas para desvirtuar la presunción contraria que el artículo 769 estatuye. Dichos factores no acusan una conducta dolosa en gentes a quienes se les permitió tácitamente, por una razón o por otra, la construcción y la reconstrucción de sus albergues, aquilatada la aquiescencia tácita de los propietarios con el permiso oficial de rigor, fruto sin duda, en parte al menos, de dicha aquiescencia. La conducta de los vecinos de "Pueblo de Lata" se colocó así dentro del ordenamiento del artículo 739 del Código Civil, según el cual, si no fuese porque ve en el ocupante, que edifica, planta o siembra a ciencia y paciencia del propietario, un estado de buena fe, no obligaría al último, para recuperar la tierra, a pagar al primero el valor de la edificación, plantación o sementera. De las expresadas pruebas omitidas aparece necesariamente la situación que el citado artículo 739 contempla. Si la sentencia las hubiese considerado no habría hallado en el proceso la demostración plena indispensable para socavar en daño de los ocupantes la presunción del artículo 769, que los ampara, y cuya desvirtuación demanda —como antes se dijo— una prueba completa. En casación de 31 de julio del presente año, pronunciada en juicio de herederos de Ruperto Aya contra Aristides Martínez, todavía sin publicar en la *Gaceta Judicial,* dijo la Corte:

"Porque más parece revelar esa tranquila sucesión de ejecutores, tradentes y adquirentes de mejoras —a partir de 1938, de acuerdo con las escrituras aducidas por los mismos actores— el consentimiento implícito de los titulares de la tierra a tal estado de cosas, consentimiento a que alude el artículo 739 del Código Civil, con la expresión 'a ciencia y paciencia del dueño del terreno'. Siendo ello así, no puede tildarse de mala fe a quienes sembraron, plantaron y edificaron en dichas circunstancias, como tampoco a Martínez, por haber reconocido al comprar las mejoras, que la tierra tenía otros dueños. Por el contrario, el reconocimiento demuestra que Martínez no pretendía lo ajeno, tal vez para corresponder, con sus tradentes a un tiempo, al hecho de haber tolerado los propietarios de los terrenos que otros los labrasen.

"El segundo inciso del citado artículo 739, al disponer que en la situación que contempla será obligado el dueño del suelo, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera, sin ordenar que al poseedor se le aplique la norma sobre buena o mala fe a que remite el primer inciso, está proclamando que no puede existir mala fe en quien trabaja lo ajeno contando con la aquiescencia del propietario. Mal puede oponerse, por tanto, a la presunción del artículo 769 una situación que es justamente de buena fe por basarse en la voluntad implícita o presunta del dueño de la tierra".

Es el caso, por tanto, de infirmar el fallo, por el expresado error de hecho, causante de las infracciones legales enunciadas por el recurrente, para confirmar la sentencia del Juez, con algunas modificaciones, en parte las mismas que la decisión del Tribunal le introdujo.

IV

Sentencia de instancia.

12. Se limitará, por tanto, la sentencia a confirmar el fallo de primera instancia, con algunas reformas concernientes:

1. Al reconocimiento de la propiedad del terreno a favor tanto de los actores como de los cesionarios, en sus respectivas cuotas, como lo hizo el fallo de segunda instancia;

2. A la alinderación del inmueble, como resulta del dictamen rendido por los peritos que asesoraron al Juzgado en la inspección ocular verificada en la primera instancia del juicio de pertenencia, alindación acogida por el Tribunal;

3. A la condena de restitución del inmueble contra el "Centro Provivienda Manuel María Barona" y los ciento doce demandados más incluídos en el libelo de reivindicación, del mismo modo que lo hizo la sentencia recurrida;

4. A la condena de los mismos a pagar los frutos, a razón de $ 450.00 mensuales, según tasación pericial rendida ante el Juez *a quo* (f. 248, C. 2º-bis), en relación con el tiempo posterior a la notificación de la demanda reivindicatoria, dirigida contra el "Centro Provivienda Manuel

María Barona'' y las ciento doce personas naturales allí nombradas; y al tratamiento referente a las mejoras ejecutadas por los demandados antes de la notificación de la demanda, con sujeción a los tres primeros incisos del artículo 966 del Código Civil, y a las ejecutadas después, de acuerdo con lo dispuesto en el cuarto inciso del mismo precepto. Pero, como del referido dictamen pericial no resulta determinada la cuota que en los frutos corresponde a cada uno de los demandados, y no siendo posible condenar por el total a ninguna, deben ser individualizadas las cuotas de todos en el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial, y

5. Al pronunciamiento negativo sobre la declaración de propiedad pedida por el ''Centro Provivienda Manuel María Barona'', con apoyo en la usucapión por esta entidad invocada.

DECISION.

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia de fecha veintisiete (27) de septiembre de mil novecientos sesenta y uno (1961), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en los juicios acumulados, de pertenencia, el uno, promovido por el ''Centro Provivienda Manuel María Barona'', con la oposición de Julio Garrido C. y Carlos Arturo Garrido V., y de reivindicación, el otro, incoado por éstos contra la nombrada entidad y ciento doce personas naturales más, y como Tribunal de instancia,

RESUELVE:

Primero. Pertenece en propiedad a los señores Julio Garrido C., Carlos Arturo Garrido V., Miguel Dueñas Tello y Luciano Rivera B. el lote de terreno que en seguida se describe, en la siguiente proporción: el sesenta por ciento (60%) a Garrido C. y Garrido V.; el treinta por ciento (30%) a Dueñas Tello, y el diez por ciento (10%) a Rivera B.

El lote de terreno está ubicado en la ciudad de Cali, dentro del área de los antiguos barrios de Santa Rosa o El Matadero, y actualmente limitado así: ''Por el norte, con predio del Municipio de Cali (Escuela de Artes y Oficios o Instituto Industrial 'Antonio José Camacho'); sur, con la carrera 20; occidente, con la calle 11, y por el oriente, con una línea recta que arranca de un punto situado en la carrera 20, a los setenta y seis metros con cincuenta centímetros (76.50 cmts.), contados a partir del paramento de la calle 11, hacia la calle 12, línea determinada en su mayor extensión o parte por una pared de ladrillo, y que se prolonga hasta el límite norte de este lote de terreno, o sea hasta la Escuela de Artes y Oficios, atravesando las carreras 19 y 19-bis''.

Segundo. Se condena al ''Centro Provivienda Manuel María Barona'', persona jurídica reconocida por Resolución número 85 de 31 de mayo de 1948, del Ministerio de Justicia, y a José Vicente Bastidas, Luis Angel Barona Villalobos, Secundina Campaña de Quenguán, Rosa Bravo de Ramírez, Efraím Paredes Benavides, Eliécer Quenguán Medina, Higinio Quenguán Mejía, Marco Tulio Rocha, José de la Cruz Moreno, Lino Cadena, Rogerio Henao, Julia Giraldo viuda de Cortés, Arturo Molina, Eloísa Navarro, Efraím Nieva Echeverri, Isaac Paz Narváez, Josefina Matallana, Próspero Muñoz Rivera, José Pastor Truque, Bárbara Quintero, Cecilia Mosquera Caicedo, María de Jesús Morera, Julio Montenegro, Celio Chaparro Taborda, José Manuel Olave, José de Jesús González, Juan José Mejía Potosí, Ramón Sánchez Crespo, Laura Rodríguez, Tomás J. Pretel, José Joaquín Patiño, Ana Julia Cuenca, Rafael Solarte, Luis Narváez, Francisco A. Martínez, Gerardo Cortés, Jovita Bolaños, Cornelia Riascos, Saturia Morán, Policarpo Sandoval, Bernardo Muñoz, María Luisa Monzón, José Guillermo López, Vicente Santacruz, José Ramírez, José Velasco, Pedro A. Diago, Juan Giraldo, Pedro Guerrero, Jorge Enrique Jaramillo, Francisco Espinosa, Urbano Narváez, Rosalbina Sánchez, Manuel José Olave, Pérsides Díaz, Lucrecia Esquivel, Pedro Nel Medina, Jorge Enrique Caicedo, Luis Barona, Luis Cuenca, Rosalbina Calero, Florentino Mosquera, Raquel Bastidas viuda de Jaramillo, Secundina Campaña de Quenguán, Jesús Muñoz, Hermencia Muñoz, Ismenia Campo, Rafael Sánchez, Juan Carabalí, Jorge Pinillos, Florentino Figueroa, Elodia Castillo, Jorge Enrique Caicedo, Amelia González, Inés Balanta, José María Duque, Carmen Balanta, José Santacruz, Carmen Reina, Máximo o Maximino Salazar, Alejandro Rebolledo, Carlos Pasuy, José María Cruz M., Hernando Toquica, José María Andrade, Mario Muñoz, Carmen Vargas, Ana Felisa Aragón y José Vicente Cerón, todos mayores de edad y vecinos del Municipio de Cali, a restituír a los señores Julio Garrido C., Carlos Arturo Garrido V., Miguel Dueñas Tello y Luciano Rivera B. el lote de terreno descrito en el punto primero,

dentro de los noventa días siguientes a la ejecutoria del auto que ordene dar cumplimiento al presente fallo.

Tercero. El "Centro Provivienda Manuel María Barona" y las personas mencionadas en el punto anterior, restituirán a los señores Julio Garrido C., Carlos Arturo Garrido V., Miguel Dueñas Tello y Luciano Rivera B., en proporción a sus cuotas, los frutos civiles del lote de terreno en referencia, a razón de cuatrocientos cincuenta pesos ($ 450.00) mensuales, a partir de la fecha en que fue notificado a los demandados el libelo de reivindicación promovido por los nombrados Garrido C. y Garrido V., pago que harán en el término señalado en el punto segundo de esta resolución.

Cuarto. Será fijado el monto de las mejoras a cuyo pago haya lugar, según el artículo 966 del Código Civil, y se determinará la cuota que en la suma expresada de cuatrocientos cincuenta pesos ($ 450.00), corresponde a cada demandado por concepto de frutos, por el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial.

Quinto. No se hace la declaración de propiedad a favor del "Centro Provivienda Manuel María Barona", solicitada en la demanda de pertenencia, en relación con el inmueble a que se contraen los juicios acumulados; ni se declara probada la excepción de prescripción adquisitiva del dominio, propuesta por los demandados en el juicio de reivindicación.

Sexto. Sin costas en el recurso extraordinario.

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

Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SUSPENSION DEL JUICIO

Ocurrencia de la necesaria y de la facultativa. — En el juicio de filiación natural, como en todas las acciones judiciales, la suspensión debe pedirse por medio de abogado inscrito.

Trabada la relación jurídico-procesal en un juicio para cuyo conocimiento la ley le da competencia al Juez, ésta, conforme al artículo 147 del Código Judicial, se pierde en dicho negocio "por haber suspensión del asunto en los casos de la ley, o por acuerdo de las partes".

La primera suspensión, llamada también necesaria, porque se produce ope legis, tiene ocurrencia, por una causa externa al proceso, como es la registrada por el artículo 11 del Código Penal, en los eventos en que el fallo penal influye en el civil; y por causas internas del mismo juicio civil, como cuando previamente al fallo debe decidirse algún incidente que tenga trascendencia en él (art. 393 del C. J.), o hay que decidir una acumulación, un incidente, una recusación.

La segunda, denominada también facultativa, acaece "cuando por decisión de las partes, reconocida por el Juez, se paraliza el proceso".

Esta suspensión, a diferencia de la anterior que se produce por ministerio de la ley, tiene su origen en la voluntad o acuerdo de las partes, pero su efectividad depende no solamente de dicho acuerdo sino del reconocimiento de ella por el Juez. Así se desprende de los términos del artículo 360, ibídem. Desde luego que este precepto repite el concepto de que la suspensión del juicio debe solicitarse al Juez, esta no se produce por el solo querer de las partes sino por la providencia que la conceda. Esto obedece a que es necesario estudiar si se reúnen o no las exigencias del artículo 360 sobre la manera de presentarse la petición, y luego ver si las partes o sus apoderados tienen o no facultad para actuar en tal sentido.

Es cierto que el artículo 360 autoriza a las partes y a sus apoderados para pedir la suspensión del juicio, pero esta norma, en lo que se refiere al juicio de filiación natural, quedó reformada, primero por el artículo 12 de la Ley 45 de 1936, que terminantemente dispone que las acciones sobre filiación natural se surtan por medio de abogado titulado, "salvo cuando las siga el Ministerio Público", y luego por el artículo 40 de la Constitución Nacional, a partir de 1945, que extendió a todas las acciones judiciales la intervención de abogado inscrito, salvo los casos exceptuados por la Ley 69 de 1945.

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

(Magistrado ponente: doctor Arturo C. Posada).

En el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartago, Carmen Emilia Ramírez, por medio de apoderado judicial, y en representación de sus menores hijas: Clara Rosa, María Otilia, Martha Rosa y Aura Rosa Ramírez, demandó en juicio ordinario a "la sucesión de Félix Antonio Gutiérrez G.", representada por su hija legítima Esther Julia Gutiérrez Arcila, a fin de obtener las siguientes declaraciones:

Primera. Que las menores Aura Rosa, Clara Rosa, María Otilia y Martha Rosa Ramírez tienen el carácter de hijas naturales de Félix Antonio Gutiérrez.

Segunda. Que, como consecuencia, son herederas a título universal, o legitimarias "de su fallecido padre Félix Antonio Gutiérrez G. en la cuota que les asigna la ley".

Tercera. Que los bienes que éste dejó al morir pertenecen a su sucesión, la cual a partir de la

ejecutoria de las declaraciones invocadas, estará también representada por las menores demandantes.

Los hechos expuestos son, en síntesis:

Félix Antonio Gutiérrez en el año de 1931, días después de muerta su esposa, sacó de su casa a Carmen Emilia Ramírez y la llevó a la finca denominada "Miraflores", vereda de La Diamantina, de la jurisdicción de Anserma, donde vivió con ella, haciendo relaciones sexuales, por largos años, y de la cual, como frutos de tales relaciones, nacieron las cuatro actoras.

Carmen Emilia Ramírez desde el comienzo de sus relaciones maritales con Gutiérrez se hizo cargo de la crianza de la hija legítima de éste, llamada Esther Julia Gutiérrez, quien contaba pocos meses de nacida, y por tal circunstancia creció y se formó al lado de sus hermanos naturales.

Gutiérrez llevaba sus relaciones sexuales con la Ramírez en forma ostensible o pública. Del mismo modo reconocía como hijas suyas a Clara Rosa, María Otilia, Martha Rosa y Aura Rosa Ramírez, "a quienes prodigaba las atenciones, vigilancia y cuidado que sólo puede tener un padre con sus propios hijos. Las relaciones maritales y el reconocimiento de sus hijas eran tan públicos, 'que no hubo ciudadano de Anserma ni de la vereda de La Diamantina que no conociera tales hechos, pasándolos o aceptándolos el común de los ciudadanos como normales' ".

La vida de Gutiérrez con Carmen Emilia fue de una consagración tan completa, que "transcurría de su finca de campo al pueblo, y de éste a la finca, donde dejaba a su mujer y a sus hijos", lo cual le permitía conservar los bienes que tenía, y adquirir otros.

Gutiérrez diariamente velaba por la "manutención, vigilancia, sostenimiento y educación de sus hijos ya nombrados". Por algún tiempo los trasladó, con la madre, a una casa que compró en la población de Anserma, donde vivió con ellos haciendo más notorias las relaciones con Carmen Emilia y el reconocimiento de sus hijos naturales, pues abrió cuentas en graneros y tiendas para que a Carmen Emilia se le suministrara todo lo que fuera necesario para ella y sus hijos.

Gutiérrez matriculó en escuelas y colegios de Anserma a sus cuatro hijas, en los cuales las presentaba como hijas suyas.

En las declaraciones de renta y patrimonio las denunciaba como hijas legítimas suyas.

En el año de 1957, cuando Carmen Emilia Ramírez estaba ya vieja y físicamente agotada, le dirigió una carta que tiene fecha 17 de noviembre, en la cual dice que no es casado con ella, pero que la familia ha estado a su cargo toda la vida.

Las relaciones sexuales fueron estables y notorias, ya que Gutiérrez y Carmen vivieron bajo un mismo techo, a punto que los amigos y relacionados y el vecindario en general de sus residencias "los reputó como marido y mujer, y a sus hijos como habidos dentro de las relaciones que llevaban".

Gutiérrez murió en Ansermanuevo en la fecha que indica la partida respectiva, y dejó la finca denominada "Miraflores", situada en Anserma, una casa en la población de Ansermanuevo y otra en la de Cartago, fuera de semovientes y otros muebles.

Esther Julia Gutiérrez aparece reconocida como heredera en la mortuoria de su padre legítimo, Félix Antonio Gutiérrez.

La demandada, como representante de la sucesión de Gutiérrez, si bien constituyó apoderado oportunamente, éste no dio contestación a la demanda.

Tramitado negativamente el incidente a que dio lugar la solicitud suscrita por Carmen Emilia Ramírez y Esther Julia Gutiérrez para que se suspendiera el juicio por el término de veinte años, el Juzgado despachó favorablemente las peticiones de la demanda en sentencia de veintinueve de octubre de mil novecientos cincuenta y nueve, que el Tribunal confirmó en la que lleva fecha cuatro de agosto de mil novecientos sesenta.

Motivación del fallo del Tribunal:

En primer término, respaldado en la doctrina de casación contenida en fallo de 17 de marzo de 1958, halla procedente la acumulación de las acciones de filiación natural y petición de herencia.

La carta de 17 de septiembre de 1957, dirigida por Félix Antonio Gutiérrez a Carmen Emilia Ramírez, en que le dice que los hijos son naturales y que la familia ha estado a su cargo toda la vida, y en las declaraciones de renta correspondientes a los años de 1955 y 1956, en las cuales denuncia como personas a su cargo a sus hijas Clara Rosa, María Otilia, Martha Rosa y Aura Rosa Gutiérrez, constituyen para el sentenciador la plena prueba de la causal contemplada en el ordinal 3º, artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

Los testigos, Rosa María Ortiz, Antonio Jesús Chavarriaga Restrepo, Jesús Antonio Aldana, Salvador Ortiz Sánchez; la confesión extraju-

dicial de Esther Julia Gutiérrez, que advierte el Tribunal en una declaración rendida por ella, pero que no fue ratificada, dan la demostración completa, tanto de las relaciones sexuales estables y notorias que por muchos años mantuvieron Gutiérrez G. y Carmen Emilia, como de la posesión notoria del estado de hijas naturales del mismo Gutiérrez, que durante la vida de éste tuvieron las cuatro demandantes.

El apoderado de Esther Julia Gutiérrez interpuso contra el fallo del Tribunal recurso extraordinario de casación que procede resolver, agotada como se halla, su tramitación.

Demanda de casación:

La demanda de casación aduce el solo cargo de "haberse incurrido en la nulidad por incompetencia de jurisdicción, de acuerdo con la causal 6ª del artículo 520 del Código Judicial, en armonía con el numeral 1º del artículo 448 y numeral 3º del artículo 147 de la misma obra".

Sustenta la acusación así:

El numeral 6º del artículo 520, citado, establece como motivo de casación "haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el artículo 448, siempre que la nulidad no haya sido saneada de conformidad con la ley".

La última norma estatuye, como primera causal de nulidad, la incompetencia de jurisdicción. Y el artículo 147, ibídem, dispone que "la jurisdicción se suspende en uno o más negocios determinados: 3º Por suspensión del asunto en los casos de la ley, o por acuerdo de las partes".

"Como queda expresado, en escrito de fecha 21 de enero de 1959, dirigido al Juez Primero Civil del Circuito de Cartago, escrito que fue presentado personalmente, con sometimiento a las normas del artículo 360 del Código Judicial, las partes de este juicio convinieron en suspenderlo por el término de veinte años.

"El principio dominante en nuestro procedimiento es el dispositivo, en virtud del cual se supone que pesa sobre las partes la voluntad de accionar y de proporcionar los fundamentos de la sentencia mediante actos de postulación, como peticiones, afirmaciones y aportaciones de la prueba. Como consecuencia de ello el Juez debe atenerse a la voluntad de las partes y no puede insmicuirse en aquello que contraría su voluntad".

El principio dispositivo es contrario al inquisitivo que predomina en materia penal.

"Las partes son soberanas para demandar o no demandar, y ya propuesto el juicio, de acuerdo con el artículo 360 del Código Judicial, pueden pedir todas las veces que lo tengan a bien, la suspensión del juicio por tiempo determinado".

El Juzgado y el Tribunal violaron el artículo 360 del Código Judicial por interpretación errónea, cuando negaron la admisión de la suspensión, "y como en la sentencia no se tuvo en cuenta la petición respectiva, es procedente la causal de casación invocada por haberse incurrido en nulidad por incompetencia de jurisdicción, comoquiera que la suspensión no depende de la providencia que la admita sino de la voluntad de las partes".

Se considera:

Obra el escrito presentado personalmente por Carmen Emilia Ramírez y Esther Julia Gutiérrez el 12 de enero de 1959, en el Juzgado del conocimiento, en el cual piden que se suspenda el juicio por el término de veinte años (fol. 45, C. 1º).

Esta solicitud fue negada, tanto por el Juzgado como por el Tribunal.

Trabada la relación jurídico-procesal en un juicio para cuyo conocimiento la ley le da competencia al Juez ésta, conforme al artículo 147 del Código Judicial, se pierde en dicho negocio "por haber suspensión del asunto en los casos de la ley, o por acuerdo de las partes".

La primera suspensión, llamada también necesaria, porque se produce *ope legis,* tiene ocurrencia, por una causa externa al proceso, como es la registrada por el artículo 11 del Código Penal, en los eventos en que el fallo penal influye en el civil: y por causas internas del mismo juicio civil, como cuando previamente al fallo debe decidirse algún incidente que tenga trascendencia en él (art. 393 del C. J.), o hay que decidir una acumulación, un incidente, una recusación.

La segunda, denominada también facultativa, acaece "cuando por decisión de las partes, reconocida por el Juez, se paraliza el proceso", que es el supuesto planteado aquí.

Esta suspensión, a diferencia de la anterior que se produce por ministerio de la ley, tiene su origen en la voluntad o acuerdo de las partes, pero su efectividad depende no solamente de dicho acuerdo sino del reconocimiento de ella por el Juez. Así se desprende de los términos del artículo 360, ibídem, que dice, en primer término, que "las partes o sus apoderados pueden

solicitar de común acuerdo la suspensión del juicio por tiempo determinado; y, en segundo, de la exigencia de que "el escrito que contenga tal solicitud debe presentarse personalmente al Secretario...". Desde luego que el precepto citado repite el concepto de que la suspensión del juicio debe solicitarse al Juez, ésta no se produce por el solo querer de las partes sino por la providencia que la conceda. Esto obedece a que es necesario estudiar si se reúnen o no las exigencias del artículo 360, sobre la manera de presentarse la petición, y luego ver si las partes o sus apoderados tienen o no facultad para actuar en tal sentido.

Como lo dijo el Tribunal en la providencia por la cual confirmó la negatoria del Juzgado, por mandato del artículo 41 de la Constitución Nacional, "nadie podrá litigar en causa propia o ajena, si no es abogado inscrito", norma que repite textualmente el artículo 1º de la Ley 69 de 1945, la cual establece además las excepciones, en las cuales no se incluye la contemplada en el caso *sub judice*.

Al contrario, el artículo 42 de la misma consagra sanciones a los Jueces, Magistrados o funcionarios que acepten cualquier solicitud o gestión suscrita o patrocinada por quien no puede hacerlo.

Carmen Emilia Ramírez actúa en este juicio en representación legal de las demandantes. No está acreditado que sea abogada inscrita, por lo mismo no tiene el *jus postulandi* por sí misma sino por medio del apoderado judicial, que se hizo presente para solicitar que se negara la suspensión del juicio. Es cierto que el artículo 360 autoriza a las partes y a sus apoderados para pedir la suspensión del juicio, pero esta norma, en lo que se refiere al juicio de filiación natural, quedó reformada, primero, por el artículo 12 de la Ley 45 de 1936, que terminantemente dispone que las acciones sobre filiación natural se surtan por medio de abogado titulado, "salvo cuando las siga el Ministerio Público", y luego por el artículo 40 de la Constitución Nacional, a partir de 1945, que extendió a todas las acciones judiciales la intervención de abogado inscrito, salvo los casos exceptuados por la Ley 69 de 1945. En razón de estos preceptos, Carmen Emilia Ramírez, fuera de conferir el poder al abogado para que representara a sus hijas en la acción de paternidad natural, no tenía autorización alguna para ningún acto de postulación por sí misma sino por intermedio del apoderado designado en el caso o constituído al efecto, el cual no solamente no coadyuvó a la petición sino que se opuso a ella.

En estas condiciones no podía decretarse la suspensión, como no se decretó; no se produjo, por tanto, la suspensión del juicio, ni de la jurisdicción o competencia, ni, por ende, la nulidad que alega el recurrente.

El cargo no prospera.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, que lleva fecha cuatro de agosto de mil novecientos sesenta, pronunciada en el juicio ordinario seguido por Carmen Emilia Ramírez, en representación de sus menores hijas María Otilia, Aura Rosa, Clara Rosa y Martha Rosa Ramírez, contra la sucesión de Félix Antonio Gutiérrez G., representada por su hija legítima Esther Julia Gutiérrez Arcila.

Las costas en casación son de cargo de la parte recurrente.

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

Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SENTENCIA INHIBITORIA

Obedece a la falta de elementos estructurales del proceso. — Interpretación de la demanda. Autos para mejor proveer. — Venta de cosa ajena.

1. Si no fue acertado el procedimiento del Tribunal al revocar la sentencia inhibitoria pronunciada por el Juzgado y, ordenarle proferir sentencia de mérito, no por eso inficionó de nulidad la actuación. La sentencia inhibitoria es de índole puramente procesal, en el sentido que obecede a la falta de elementos estructurales del proceso, y que por ese obstáculo no procede pronunciamiento de mérito. Por manera que removido el obstáculo queda abierto el campo para el pronunciamiento de fondo, lo cual explicaría la conducta del Tribunal, no inductiva de nulidad de la actuación.

2. La demanda determina el contenido de la sentencia, y ésta debe avocarla ciñéndose a los límites en que aquélla se enmarca, sin que eso evite o prohiba la interpretación lógica que de esa pieza fundamental del juicio pueda hacer el fallador de instancia, interpretación insustituíble en casación si no es por el éxito en la demostración de errores de hecho evidente o de derecho en que hubiese incurrido el sentenciador.

3. La facultad que en el supuesto del artículo 600 del Código Judicial se concede al fallador, en razón de una situación puramente subjetiva, como la que proviene de la duda respecto a una prueba, no puede estar sujeta a impugnación de las partes; es un acto de la conciencia del Juez que escapa a la controversia de los litigantes. Ni la prueba traída dentro del término que se hubiese fijado, puede reprocharse de mal allegada al juicio. Sobre el particular puede verse la doctrina de la Corte publicada en la Gaceta Judicial, Tomo XLVI, 1934, 282.

4. En la venta de cosa ajena también se verifica la cancelación de un título, sin que esto pueda dar base para afirmar que el verdadero dueño no tenga la acción reivindicatoria, que expresamente le reconoce la ley. Esa es la defensa del verdadero dueño para reintegrar su patrimonio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, trece de diciembre de mil novenientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Enrique Coral Velasco).

Antecedentes.

Por medio de la escritura número 2130 de 26 de noviembre de 1914, pasada en la Notaría Primera de Medellín, Ernesto Yepes (padre) y Ernesto Antonio y Eduardo Yepes compraron a la señora María Jesús Morales la casa descrita en el punto primero de la citada escritura, inmueble que está dividido en dos cuerpos, adquisición efectuada, mitad para el señor Ernesto Yepes (padre) y mitad para Ernesto Antonio y Eduardo Yepes P. La escritura fue debidamente registrada.

Ernesto Yepes obtuvo permiso judicial para hipotecar la totalidad del inmueble, por cuanto sus hijos condueños eran menores de edad en esa época, y gravó a favor de Hipólito Restrepo G. todo el inmueble, según aparece de la escritura número 4401 de 13 de noviembre de 1929.

Como no se pagara oportunamente el crédito garantizado hipotecariamente, el acreedor Hipólito Restrepo G. demandó a Ernesto Yepes en juicio especial hipotecario. La demanda sólo se dirigió contra Ernesto Yepes, padre, y se prescindió de Ernesto Antonio y Eduardo Yepes.

Tramitado el juicio especial se profirió sentencia contra el ejecutado Yepes (18 de julio de 1931), se verificó el remate (5 de noviembre de

1931), y el inmueble fue adjudicado al acreedor Hipólito Restrepo G. por cuenta de su crédito. El remate fue aprobado por auto de 7 de noviembre de 1931, en el cual se ordenó la inscripción de esa diligencia en la Oficina de Instrumentos Públicos y Privados, y la cancelación del embargo y de la hipoteca. El 20 de noviembre del mismo año se ordenó la entrega del bien a Hipólito Restrepo G. El inmueble referido entró a formar parte del haber de la sociedad conyugal formada por Hipólito Restrepo y María Josefa Arango de Restrepo; muerta ésta se adjudicó el inmueble a Hipólito Restrepo. El 10 de diciembre de 1943 murió Hipólito Restrepo G., y en el juicio de sucesión fue adjudicado el bien a Antonio Restrepo Arango.

Por escritura número 2612 de 6 de agosto de 1946, de la Notaría 2ª de Medellín, Antonio Restrepo Arango aportó a la sociedad de responsabilidad limitada "Restrepo Arango Ltda." el inmueble antes referido.

Ernesto Yepes, padre, murió el 6 de abril de 1951; como únicos herederos suyos quedaron Eduardo y Ernesto Antonio Yepes, demandantes en este juicio, y Lucila Yepes de Salinas, que figura como demandada.

El litigio.

Ernesto Antonio y Eduardo Yepes, con fundamento en los hechos que en síntesis quedan expuestos, dijeron demandar a la "sociedad comercial de responsabilidad limitada, domiciliada en esta ciudad, denominada 'Restrepo Arango Limitada', representada por el señor Antonio Restrepo Arango, mayor de edad y vecino de esta ciudad; sucesión del señor Hipólito Restrepo G., representada por el mismo señor Antonio Restrepo Arango y demás herederos o representantes legales que puedan existir; sucesión del señor Ernesto Yepes M., representada por su hija, señora Lucila Yepes de Salinas, mayor de edad y vecina de esta ciudad, y al mismo señor Antonio Restrepo Arango, en su propio nombre, para que con su citación y audiencia y emplazamiento de los desconocidos o ausentes que se crean con derecho, previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía, se revise por usted la sentencia de pregón y remate proferida por el señor Juez Segundo Civil de este Circuito el 18 de julio de 1931, en el juicio hipotecario del señor Hipólito Restrepo contra el señor Ernesto Yepes, y se hagan por usted las siguientes declaraciones:

"a) Que los señores Ernesto Antonio y Eduardo Yepes Pineda, mayores de edad y vecinos de esta ciudad, son dueños de la mitad del inmueble descrito en el numeral 1º de la relación de hechos de esta demanda, proindiviso con la sociedad denominada Restrepo Arango Limitada;

"b) Que la sentencia de pregón y remate dictada por el señor Juez 2º Civil de este Circuito, el 18 de julio de 1931, en el juicio hipotecario del señor Hipólito Restrepo contra el señor Ernesto Yepes, sólo podía ordenar el remate de la mitad del inmueble, porque sólo esa mitad pertenecía al demandado, quedando reformada dicha sentencia en este sentido;

"c) Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, es nulo el remate verificado en el juicio, el 5 de noviembre de 1931, en el Juzgado 2º Civil de este Circuto, en cuanto que comprendió un bien ajeno, y que, por consiguiente, en ese remate adquirió el rematador solamente la mitad del inmueble proindiviso, quedando reformado ese remate en ese sentido;

"d) Que el auto aprobatorio del mencionado remate, dictado por el señor Juez 2º Civil de este Circuito, el 7 de noviembre de 1931, es nulo también en cuanto que ordena la inscripción en el registro de instrumentos públicos de la totalidad del inmueble a nombre del rematador, quedando ese auto reformado en consonancia con la sentencia de pregón y remate y con el remate, ya reformados;

"f) Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se ordene la cancelación en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de la inscripción del remate y su auto aprobatorio, ya mencionados, cancelación que debe comprender solamente lo relativo a la mitad del inmueble que era ajena;

"g) Que se ordene la inscripción de la sentencia en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos;

"h) Que los demandados sociedad denominada 'Restrepo Arango Limitada', están en la obligación de restituír a los demandantes Ernesto Antonio y Eduardo Yepes Pineda la mitad del inmueble a que se refiere el numeral 1º de la relación de hechos de esta demanda, dentro del plazo que por usted se le fije;

"i) Que los demandados señores sociedad 'Restrepo Arango Limitada', sucesión del señor Hipólito Restrepo G. y señor Antonio Restrepo Arango, están en la obligación de pagar a los demandantes o restituírles los frutos percibidos

o que debieron percibirse con mediana inteligencia y cuidado si el inmueble que se reivindica hubiera estado en poder de sus dueños, restitución que comprende desde el día 22 de noviembre de 1931 y hasta la fecha en que se haga la entrega del inmueble, y en forma proporcional por el tiempo que haya poseído el inmueble el respectivo demandado;

"j) Que los demandados deben pagar las costas de este juicio".

En el auto admisorio de la demanda se mencionaron cada uno de los demandados, y se ordenó emplazar en la forma pedida a todas las personas.

En la notificación se dijo:

"En veinticinco de abril de mil novecientos cincuenta y siete, notifiqué el auto anterior al señor Antonio Restrepo Arango, en su carácter de representante de la sociedad 'Restrepo Arango Ltda.', y como heredero de la sucesión de don Hipólito Restrepo. También se le hizo notificación de la demanda...".

El demandado contestó el libelo, en el cual negó unos hechos, dijo ignorar otros y aceptó algunos. Propuso las excepciones de prescripción ordinaria y extraordinaria, carencia de derecho, ilegitimidad de personería de la parte actora, acumulación indebida de acciones y la genérica, además.

En el escrito de contestación, dijo el demandado:

"En razón de lo expuesto, comedidamente manifiesto a usted, en mi propio nombre, en representación de la sociedad 'Restrepo Arango Ltda.', y en general con la calidad con que he sido demandado, me opongo a todas y cada una de las solicitudes de la demanda ordinaria a que se refiere este memorial".

La demandada Lucila Yepes aceptó los hechos de la demanda, manifestó su acuerdo con ésta, y solicitó se hagan las declaraciones allí pedidas.

De acuerdo con solicitud de la demanda, se fijó edicto emplazatorio, y como dentro del término a que se refiere el artículo 317 del Código Judicial, no se presentaron los demandados inciertos, desconocidos o ausentes, el Juez les nombró curador *ad litem*. Este dijo oponerse a las peticiones del libelo, y afirmó la validez del remate verificado en el juicio especial hipotecario, todo en su carácter "de curador de ausentes, cargo que usted se ha dignado discernirme dentro del juicio ordinario de Ernesto Antonio y Eduardo Yepes Pineda contra la sociedad comercial 'Restrepo Arango Ltda.', sucesión de Hipólito Restrepo G., sucesión de Ernesto Yepes M. y Antonio Restrepo Arango...".

El Juzgado 2º Civil del Circuito de Medellín profirió sentencia inhibitoria por no haberse acreditado el presupuesto procesal de capacidad para ser parte, por cuanto no se demostró la constitución y existencia de una de las personas demandadas, la sociedad "Restrepo Arango Ltda.". Esta providencia fue apelada por los demandantes.

El Tribunal, en auto para mejor proveer, ordenó librar exhorto a la Cámara de Comercio de Medellín para que se complete el certificado en la primera instancia, en el sentido de determinar el capital aportado por cada uno de los socios a la compañía "Restrepo Arango Ltda.", según lo previene el ordinal 4º del artículo 467 del Código de Comercio. Obtenido éste, el Tribunal declaró desaparecido el motivo inhibitorio y revocó la sentencia apelada, a fin de que el Juzgado proceda a dictar sentencia de mérito.

El Juzgado profirió sentencia de fondo, en obedecimiento de lo ordenado por el Tribunal, en que concluyó declarando probadas las excepciones de prescripción adquisitiva del dominio, tanto ordinaria como extraordinaria a favor de la parte demandada. En consecuencia, absolvió a los demandados de los cargos contenidos en la demanda y condenó en costas a la parte vencida.

Volvió a apelar la parte demandante, y el Tribunal, cumplida la tramitación adecuada, revocó la sentencia de primera instancia y falló de la siguiente manera:

"1º Declárase no establecidas las excepciones propuestas.

"2º Se declara que los señores Ernesto Antonio y Eduardo Yepes, mayores de edad y vecinos de este Municipio, son dueños de la mitad del siguiente inmueble: una casa de tapias y tejas, con su solar y demás mejoras y anexidades, situada en la ciudad de Medellín, alindada: 'Por el frente, con la calle de Maturín; por un costado con la carrera Abejorral; por atrás o centro, con Teresa Uribe de Arroyave, y por el otro costado, con casa de Abelardo Arcila'.

"....."

Contra esta sentencia propuso recurso de casación la parte demandada.

La sentencia impugnada.

Como el juzgador de primera instancia, el Tribunal encuentra reunidos los elementos con-

figurantes de la acción reivindicatoria; pero al contrario de lo sostenido por el Juzgado que declaró "probadas las excepciones de prescripción adquisitiva de dominio, tanto ordinaria como extraordinaria", el Tribunal desecha esa solución y falla favorablemente la acción reivindicatoria, iniciada también por los demandantes.

Argumenta el Tribunal, con relación a la acción de dominio, de esta manera:

"De lo anteriormente expuesto se concluye que por llenarse las condiciones exigidas por la ley para que la acción de dominio prospere, habrán de triunfar los demandantes, aun sin entrar a revisar la sentencia de remate, simplemente porque en los juicios de dominio se hace la confrontación de los títulos de las partes para averiguar a cuál de ellas corresponde mejor derecho, cuando no se quiere declarar la nulidad de algún título. No sería, por consiguiente, el caso de revisar la sentencia de remate, ni a ello podría llegarse, ya que por lo demás los demandantes no fueron parte, y carecen, por tanto, de la acción conforme se deduce de los términos del artículo 473 del Código Judicial. Carecen de interés jurídico. Ni en casos como éste es legalmente procedente declarar la nulidad del remate, toda vez que como lo advierte el señor Juez *a quo*, el remate no es nulo.

"Conforme a lo advertido, el error del demandante en el juicio hipotecario, en que también incurrió el Juzgado del conocimiento, lleva a otra conclusión: el remate del bien de propiedad de terceros en los juicios es comparable a la venta de cosa ajena, la cual es válida en los términos del artículo 1871 del Código Civil. Por consiguiente, en casos semejantes el Juez al hacer el remate y adjudicar el bien, no obra en representación del vendedor, que no es dueño, y de allí la razón para sostener que se trata de venta de cosa ajena.

"De acuerdo con la jurisprudencia, la venta de cosa ajena es válida en nuestro derecho, y da origen a un título traslaticio y justo de dominio, pero la tradición no es válida en relación con el verdadero dueño, mientras su derecho no se extinga por la prescripción. (Casación, diciembre 18 de 1950, Tomo LXVIII, Nos. 2092 a 2094)".

Al estudiar las excepciones de prescripción, el Tribunal examina el problema en los siguientes términos:

"Para la procedencia de la prescripción ordinaria se requiere, según las normas del Código Civil, justo título y buena fe, como requisitos de la posesión regular; posesión no interrumpida por el lapso legal que es de diez años (posesión material); que la cosa sea prescriptible y que la excepción haya sido alegada, con arreglo a los artículos 764, 2527, 2528, 2529, 2513, 2518 y 2519 de la obra citada.

"De modo que el rematante, sobre las bases anotadas, se coloca en el camino de ganar el dominio por la prescripción ordinaria en razón del título en esa forma adquirido, o sea el remate en pública almoneda, el cual no es nulo como se dijo, si se repara en que vale tanto como una venta, que según la jurisprudencia sólo se diferencia de las otras en relación con los requisitos especiales y la persona del tradente. (Casación, Tomo XXIX, pág. 236).

"Al hacer la respectiva confrontación de los títulos de las partes, se observa que la sociedad demandada adujo el acta de remate verificado en el año de 1931, en favor de don Hipólito Restrepo, y que no se trajo al juicio el título por medio del cual adquirió la sociedad demandada el inmueble, por aporte que hizo el socio Antonio Restrepo Arango, según las varias referencias que se hacen en los escritos y en los certificados del Registrador de Instrumentos Públicos y de la Cámara de Comercio (escritura número 2612 de 6 de agosto de 1946, de la Notaría Segunda del Circuito), por lo que la excepción de prescripción ordinaria no puede aprovechar a la sociedad, si se tiene en cuenta que no ha exhibido el título de adquisición o escritura pública, de acuerdo con los artículos 1857 y 1760 del Código Civil y 630 del Código Judicial, con el fin de poder oponerlo a los demandantes y también habilitar a la sociedad para agregar a su posesión la de los antecesores, conforme a la doctrina de los artículos 2521 y 778 del Código Civil. Sobre el particular la jurisprudencia es clara, conforme al tenor siguiente:

'Dos reglas legales consagran los artículos 2521 y 778 del Código Civil: es la primera la de que la posesión de una cosa principia para toda persona desde el instante en que ésta comienza a ejecutar o cumplir los hechos que la constituyan, y la otra consagra la facultad que a tal persona se otorga para poder agregar al tiempo de su posesión el de su antecesor cuando la cosa ha sido poseída sucesivamente y sin interrupción, por dos o más personas; pero para usar de esta facultad es de rigor que quien la ejercita suceda a su antecesor en esa posesión a título universal o singular, es decir, por herencia, venta, permuta, etc., y que además justifique la existencia de un título de las ya expresadas

cualidades, pues de lo contrario los períodos de tiempo de posesión del sucesor y del antecesor quedarían desvinculados entre sí, por carecer de razón o causa determinantes del derecho de añadirlos o sumarlos entre sí. Esas tesis legales las ha proclamado como jurídicas la Corte en varios casos'. (Casación, 17 septiembre 1945, LIX, 844).

"En virtud de que la posesión material a favor de la sociedad se inició en el año de 1946, fecha en que según los elementos del juicio aparece como la época de la adquisición del bien por aporte de uno de sus socios (prueba de confesión en posiciones y certificación), se sigue que no acreditó las excepciones de prescripción ordinaria y extraordinaria, por falta del título correspondiente y el lapso requerido por los artículos 2529 del Código Civil (o 1º de la Ley 50 de 1936), en el primer caso, y la posesión material por el término de 20 años, por lo menos, a partir de la vigencia de la Ley 50 de 1936, en el caso de la segunda excepción, o sea de la prescripción extraordinaria.

"La citación del señor Antonio Restrepo Arango al juicio se explica por su carácter de heredero del señor Hipólito Restrepo, al pedirse la revisión de la sentencia que ordenó el remate en el juicio especial de venta del bien hipotecado; y también, como es obvio, en el carácter de representante como Gerente de la sociedad 'Restrepo Arango Ltda.'; pero como dicho señor no es el actual poseedor del objeto a que la demanda de dominio se refiere, puesto que el único contradictor legítimo es el poseedor, de acuerdo con el artículo 946 del Código Civil, no se ve la razón para que se le haya llamado al juicio en su propio nombre".

Tocante a que en la demanda se hubiese pedido la revisión de la sentencia de pregón y remate, y también se ejercitase la acción reivindicatoria, dice el fallador:

"Objeta el apoderado de la sociedad demandada en memorial de alegaciones de esta instancia, que el apoderado de los demandantes extralimitó el poder al demandar la revisión de diligencias judiciales y la nulidad de actos jurídicos, incluyendo en la demanda a personas que no fueron señaladas en el mandato; que la demanda tiene defectos de forma con acumulación indebida de acciones, sin nexo jurídico, en que se le da a la declaración de dominio un carácter consecuencial; que el emplazamiento de algunos herederos inciertos o desconocidos del señor Hipólito Restrepo se cumplió en forma irregular, ya que el edicto solamente tiene nota de desfijación; y que con base en el artículo 600 del Código Judicial se completó una prueba que incumbía aportar a la parte demandante, porque no tendía a la aclaración de algún punto oscuro o dudoso.

"La Sala observa que el poder que otorgaron los demandantes incluyó la facultad de dirigir la demanda contra quienes fuera necesario para la efectividad del derecho, y si se solicitó la revisión de una sentencia y la nulidad del remate fue porque el mandatario judicial lo estimó necesario para lograr el éxito del encargo encomendado, que era al fin y al cabo obtener la reivindicación.

"Por otra parte, de conformidad con el artículo 209 del Código Judicial, no se advierte acumulación indebida de acciones, en vista de que las propuestas eran susceptibles de sustanciarse bajo una misma cuerda por seguir el mismo procedimiento judicial, y no son contrarias ni incompatibles entre sí, aparte de que la conexión entre las acciones con vista en los varios demandados en la forma como fueron propuestas, aparece evidente en vista de la clase de acciones instauradas, a que se agrega que entre algunas peticiones como la referente a la revisión de la sentencia y la nulidad del remate, no existe una dependencia de tal naturaleza que las acciones se liguen hasta el punto de que pudiera sostenerse la incongruencia como consecuencia de rechazarse unos pedimentos y accederse a otros.

"Sobre la irregularidad que se apunta en relación con la fijación del edicto sobre emplazamiento, basta anotar que a folios 23 vto. del cuaderno principal aparece la constancia o nota de fijación de dicho edicto, de fecha 4 de abril de 1957.

"Finalmente sobre el reparo que se hace respecto del auto para mejor proveer dictado por el Tribunal, es suficiente advertir que con base en el certificado expedido por la Cámara de Comercio que fue agregado a los autos con motivo de ese proveído, se dictó la sentencia de fecha 1º de octubre del año pasado, la cual se encuentra en firme y es hoy ley del proceso. (Art. 468 del C. J.).

"De consiguiente, son procedentes las peticiones de la demanda marcadas con las letras a) y h), sobre declaración de dominio y la restitución de la cosa con sus frutos, conforme también al literal i) de los pedimentos".

La demanda de casación.

Varios cargos se presentan contra la sentencia aludida. El primero a través de la causal

sexta del artículo 520 del Código Judicial, como pasa a verse:

"En el juicio existe una triple nulidad, no saneada: a) Falta de emplazamiento en debida forma a los herederos y representantes de la sucesión de Hipólito Restrepo; b) Falta de notificación y traslado de la demanda al señor Antonio Restrepo, en su propio nombre; c) Ilegal auto de proceder, actuación retroactiva subsiguiente, cuando el juicio debía terminar su segunda instancia con la sentencia del Tribunal, sin que fuera posible volverlo a la primera instancia, ya concluída, ni producir dos nuevas sentencias, sin la anulación de lo actuado".

Para explicar el primer motivo de nulidad proveniente de la "falta de emplazamiento a los herederos y representantes de la sucesión de Hipólito Restrepo", reproduce el recurrente el aparte de la demanda iniciatoria del juicio, en la cual se designan los demandados, y como en esa pieza se dijo demandar a la sucesión de Hipólito Restrepo G., "representada por el mismo señor Antonio Restrepo Arango y demás herederos o representantes legales que puedan existir...", y "al mismo señor Antonio Restrepo Arango, en su propio nombre, para que con su citación y audiencia, y emplazamiento de los desconocidos y ausentes que se crean con derecho, previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía...", y de estos términos infiere que, "si además de los herederos de la sucesión de Hipólito Restrepo se demandó a otras personas desconocidas que se creyeran con derecho en el inmueble; o si las últimas son los mismos herederos distintos de Antonio Restrepo, lo cierto es que era imperativo emplazar a esos herederos de Hipólito Restrepo, para que la designación del curador *ad litem* los comprendiera y quedaran notificados de la demanda y se formara la *litis contestatio*".

Reproduce luego los términos de la parte del auto admisorio de la demanda en que ordena el emplazamiento de las personas inciertas, desconocidas o ausentes, copia el edicto, y a continuación afirma:

"El emplazamiento a terceros inciertos e indeterminados, sólo procede en el juicio de sucesión, en el de pertenencia, en el de quiebra o concurso de acreedores, y quizá en algún otro. E incluso, entonces, es indispensable señalar el objeto del juicio, para que se entienda qué clase de terceros son los emplazados. Jamás puede tener lugar en un juicio ordinario como éste u otro similar, donde los demandados deben ser determinados".

De estos antecedentes deduce el impugnante que la sucesión de Hipólito Restrepo "no quedó citada, ni emplazada, ni representada por el curador *ad litem;* ni se le notificó a sus herederos distintos de Antonio Restrepo el auto admisorio de la demanda, ni se les corrió traslado de ella; y, en cambio, se procedió a resolver de fondo sobre la litis incoada contra ellos".

Y agrega:

"En la contestación de la demanda dijo el señor apoderado de Antonio Restrepo, notificado como heredero, que había otra heredera reconocida, su hermana Mariela Restrepo, además de la esposa —interesada por ser bien social— (al hecho 18, C. 1º, fol. 29 v.).

Afirma la legitimación para pedir esta nulidad, y dice:

"Como se trata de falta de citación y emplazamiento a la sucesión y herederos, y el señor Antonio Restrepo, a quien apodero como heredero precisamente, resulta así afectado en esa condición por el vicio anotado, su capacidad para impetrar la nulidad es clara".

"*Segundo motivo de nulidad:*

"La demanda se dirigió contra la sociedad, la sucesión de Hipólito Restrepo y contra Antonio Restrepo Arango, en su propio nombre.

"Consta a folios 23 v. y 24, la notificación que se le hizo al señor Restrepo, cuya simple lectura basta para poner de presente este motivo de nulidad: 'en su carácter de representante de la sociedad 'Restrepo Arango Ltda.', y como heredero de la sucesión de don Hipólito Restrepo'.

No se le notificó en su propio nombre.

"Por consiguiente, a él corresponde impetrar la nulidad, por ese motivo, cosa que en su nombre hago.

"Así como fue demandado como heredero representante de la sucesión, como Gerente representante de la sociedad, y en su propio nombre, así también debía serle notificada la demanda. Así fue admitida la demanda también, y se ordenó correrles traslado a todos en igual forma (fol. 23, C. 1).

"*Tercer motivo de nulidad:*

"Son en verdad dos motivos que reúno para englobar el procedimiento ilegal y arbitrario, seguido por el Tribunal en la segunda instancia".

La arbitrariedad e ilegalidad enunciadas las encuentra el recurrente en que, por una parte, el Tribunal ordenó en auto para mejor proveer, solicitar de la Cámara de Comercio la ampliación del certificado de existencia de la sociedad "Restrepo Arango Ltda.", que lo encontró falto, de lo cual infiere el recurso violación del artículo 448 del Código de Procedimiento Civil, porque en dicha actitud ve una extralimitación que incide en falta de competencia, y por otra, infiere nulidad, en la "actuación consistente en la segunda sentencia del Juzgado y segunda sentencia del Tribunal, e intermedia, y en la primera sentencia del mismo Tribunal". En efecto:

"Sólo existe una vía procesal para retrotraer un proceso: la declaración de su nulidad. Si la sentencia de primera instancia no es nula, como no lo era la primera dictada por el *a quo* en este juicio, se pone fin a esa instancia, y no es posible regresar a ella el proceso, sin pretermitir el procedimiento y usurpar competencia, dos motivos de nulidad (ord. 1º, art. 448, C. J., y art. 148, C. J.)".

Este razonamiento lleva a formular el cargo así:

Violación de los artículos 471 y 482 del Código Judicial, "porque la violación del último texto acarrea nulidad, ya que de acuerdo con su claro tenor el Juez o Tribunal carece de competencia para revocar o reformar la sentencia que ha dictado (se entiende, salvo que se declare la nulidad, lo que significa que no pueden dictarse dos sentencias en la misma instancia, excepto, repito, que se anule la primera).

"Nulidad que aparece también por violación de los artículos 148 y 448, ordinal 1º del Código Judicial".

Se considera:

Al relatar los antecedentes de este juicio se destacaron de manera especial los términos empleados por el demandado Restrepo para contestar la demanda, y la aceptación de ella en su propio nombre, en representación de la sociedad "Restrepo Arango Ltda." y, "en general, con la calidad con que he sido demandado...".

Igualmente el curador *ad litem*, una vez posesionado de su encargo, dio contestación al libelo y el juicio se adelantó regularmente.

Los motivos de nulidad que por medio de la causal sexta del artículo 520 del Código Judicial, denuncia el recurrente, no son procedentes, por las siguientes razones:

a) Porque el demandado Antonio Restrepo Arango contestó la demanda en su propio nombre, como queda visto en la anterior transcripción;

b) Porque en cuanto a lo que el libelo llamó "demás herederos o representantes legales que puedan existir", o "desconocidos o ausentes que puedan existir", quería ello decir que en el caso de ser necesario, se adopte el sistema del artículo 317 del Código Judicial. Y el curador *ad litem*, una vez nombrado, posesionado del cargo y previo discernimiento, asumió esa representación, y

c) Porque si no fue acertado el procedimiento del Tribunal al revocar la sentencia inhibitoria pronunciada por el Juzgado y, ordenarle proferir sentencia de mérito, no por eso inficionó de nulidad la actuación. La sentencia inhibitoria es de índole puramente procesal, en el sentido que obedece a la falta de elementos estructurales del proceso, y que por ese obstáculo no procede pronunciamiento de mérito. Por manera que removido el obstáculo, queda abierto el campo para el pronunciamiento de fondo, lo cual explicaría la conducta del Tribunal, no inductiva de nulidad de la actuación.

Segundo cargo: errores de hecho.

Según el recurrente, en varios errores de esta índole incurrió el fallador de instancia que, en síntesis, son los siguientes:

Primer error de hecho. Que la demanda, como muy claramente puede verse, es sobre revisión de la sentencia de pregón y remate, dictada en el juicio de venta.

"En esas condiciones, el Tribunal no podía entrar a estudiar las peticiones a), ni las h) e i), sin que prosperara la *revisión* impetrada, como causa de todas las demás.

"No se trató de una simple acumulación de la acción de dominio a la de revisión, como lo entendió el Tribunal. Sino de una demanda de revisión, con las consecuenciales solicitudes de reconocimiento del dominio que por el remate se perdía y las restituciones.

"Por tanto, al estimar el Tribunal muy correctamente que la revisión no podía prosperar, ha debido absolver a los demandados de los otros cargos.

"Ese error de hecho en la apreciación o interpretación de la demanda, llevó al Tribunal a resolver sobre la petición a) y las peticiones h) e i), sin poder hacerlo, violando por indebida aplicación al caso los artículo 946 y 947 del Có-

digo Civil que cita (folios 14 y 15 del C. de actuación en el Tribunal)".

Segundo error de hecho. Consiste, según como está planteado en no ver "que en desarrollo de la revisión impetrada, se solicitaba la nulidad del remate y sentencia del juicio de venta, por considerar el demandante que con ellos se había adquirido el dominio de todo el inmueble por Restrepo y luego por sus causahabientes, y que sin su nulidad no podía obtener restitución. Sin que se hable de remate de cosa ajena.

".....

"Y ese error manifiesto se extiende a la apreciación de las pruebas del juicio de venta, a saber:

"a) Al creer que eran suficientes las pruebas traídas, de copias parciales, para entrar a examinar la demanda de revisión, cuando era indispensable la copia completa del juicio. Ni siquiera se trajo copia de la escritura de hipoteca, ni demás anexos de esa demanda. Vio el Tribunal una prueba que no existía: la del juicio objeto de la revisión.

"b) Al creer que en ese juicio de venta se persiguió sólo la mitad del inmueble y se cobró sólo el crédito en cuanto al señor Ernesto Yepes se refería, lo que vale decir en su mitad. Cuando de la copia de la demanda resulta (folio 4, C. 1º), que se perseguía todo el inmueble, por estar gravado totalmente con la hipoteca y haberse pedido licencia judicial para hipotecar la parte de los menores (como lo reconoce la sentencia del juicio de venta, en su parte final, lo que indica que allí obró la prueba correspondiente), y ser, por tanto, los entonces menores codeudores de la mitad de la deuda. De otra manera no se hubiera pedido ni otorgado la licencia judicial para hipotecar su parte: la operación de crédito hipotecario era a nombre de todos los condueños y, por tanto, en igual proporción a sus derechos en el bien hipotecado.

"Para sacarle el cuerpo a esta elemental verdad, el demandante se abstuvo de presentar copia de la escritura de hipoteca y licencia judicial. Pero, repito, como en la parte final de la sentencia se dice: 'hubo permiso judicial para hipotecar la parte del inmueble a (sic) los menores', eso demuestra que en ese juicio obró esa prueba.

"El error manifiesto está, también, en la apreciación de la copia de esa sentencia, al no ver el Tribunal esa frase y no deducir sus consecuencias, a saber: que el remate sí debía ser (como se ordenó) de todo el inmueble, puesto que se trataba del cobro del crédito sobre todo él, de acción hipotecaria por tanto sobre el mismo en su totalidad.

"c) Al creer ver en las copias del juicio de venta, que lo ocurrido era algo diametralmente distinto, haberse rematado medio inmueble sin estarse persiguiendo, en acción hipotecaria, que no comprendía esa mitad por no estar hipotecada y sin que los dos menores tuvieran nada que ver con el crédito garantizado. Cuando lo ocurrido fue que se omitió pedir, expresamente, que la demanda se le notificara a Yepes, en su nombre y como representante de sus hijos menores, o de pedir que se notificara a éstos; pero tal omisión podía acarrear nulidad del juicio (no del remate, aisladamente, ni de la sentencia), por falta de citación o por indebida representación. Esto, si obró mal el Juez al considerar que era suficiente con notificar a Yepes; seguramente por habérsele presentado la prueba de que representaba a sus hijos o haber estimado que con la licencia judicial dada para que él hipotecara, a nombre de ellos, año y medio ántes, se probaba suficientemente esa representación".

Este error de hecho, se afirma, determinó al Tribunal a violar, por falta de aplicación, el artículo 2356 del Código Civil, pues toda acción por ese remate está extinguida por prescripción, y porque no podía el fallador de instancia aplicar los artículos 946, 947 y 789 del Código Civil, "que resultan violados por aplicación indebida, al haber quedado cancelado el título de los menores por decreto judicial...".

Tercer error de hecho:

"El no haber visto el Tribunal que desde la fecha del auto que aprobó el remate y de su registro, hasta la fecha de instaurarse la demanda de este juicio, habían transcurrido más de 20 años.

"Ese error en la apreciación de las copias del juicio de venta y de la misma demanda de este juicio lo condujo a violar, por falta de aplicación, el artículo 2356 del Código Civil, conforme al cual todas las acciones contra ese remate y los títulos siguientes que de él se derivaron, estaban prescritas, lo que impedía desconocerse pleno valor a la adquisición que con él hizo Hipólito Restrepo, de *todo* el inmueble, como en el motivo anterior expongo. (2356, C. C.).

"El Tribunal no examinó siquiera esa excepción, incurriendo también en error de hecho al no ver que en el alegato ante el Juez de primera

instancia la presentó el doctor González Peláez. (Fol. 57, C. 1º).

"Por esos errores de hecho el Tribunal declaró el dominio de los demandantes, a pesar de esa prescripción, violando indirectamente por aplicación indebida los artículos 946 y 947 del Código Civil, y el 2356 del Código Civil, por falta de aplicación".

Cuarto error de hecho:

No haber considerado el Tribunal la prueba de la posesión material, con justo título y buena fe, de Hipólito Restrepo durante más de diez años, y de la consiguiente prescripción ordinaria por él consumada, prescripción que alegó el apoderado de Antonio Restrepo, en calidad de heredero y representante de la sucesión. Cita el recurrente los medios de prueba no considerados por el Tribunal. Y continúa:

"En la contestación a la demanda, el señor Hipólito Restrepo (sic) otorgó poder al doctor Peláez, en su nombre y como representante de la sociedad: 'El doctor Gonzalo Peláez C., abogado inscrito, *me representará* y también a la sociedad...'. El traslado se le había corrido, 'y como heredero de la sucesión de don Hipólito Restrepo'. Por consiguiente, hablaba a nombre de la sucesión y de la sociedad cuando contestó la demanda y propuso las excepciones de prescripción ordinaria y extraordinaria; y el doctor Peláez representaba al heredero y al Gerente cuando insistió en esas excepciones, en sus alegatos de conclusión...".

"El error de hecho se extiende a la no apreciación de la diligencia de notificación, de la contestación de la demanda y de los alegatos del doctor Peláez, en cuanto en esas pruebas aparece de bulto que la sucesión, o el heredero en su condición de tal, propuso la excepción de prescripción ordinaria".

A través de estos errores, se dicen violados los artículos 764, 765, 769, 2527, 2528, 2529, 2513, 2518 y 2519 del Código Civil.

Se considera:

1º La demanda determina el contenido de la sentencia, y ésta debe avocarla ciñéndose a los límites en que aquella se enmarca, sin que eso evite o prohiba la interpretación lógica que de esa pieza fundamental del juicio pueda hacer el fallador de instancia, interpretación insustituible en casación si no es por el éxito en la demostración de errores de hecho evidente o de derecho en que hubiese incurrido el sentenciador.

Cuando el recurrente afirma la presencia de un error de hecho porque el Tribunal despachó la petición de dominio sin atenerse al éxito de la acción de revisión de la sentencia de pregón y remate, niega la posibilidad del error de hecho, porque supone el examen y análisis de la demanda, con lo que destruye su propio cargo.

Es claro, además, que el fallador despachó favorablemente la petición de dominio, sin desconocer que en el libelo se pidió la revisión del juicio hipotecario, y que sobre esta pretensión hizo el estudio que creyó adecuado.

2º El Tribunal dijo en su sentencia que el remate realizado en el juicio hipotecario "equivale a la venta de cosa ajena respecto a la mitad de que aparecen como propietarios los demandantes, por no haber sido éstos parte en el juicio"; que tampoco es del "caso revisar la sentencia de remate, ni a ello podría llegarse, ya que por lo demás los demandantes no fueron parte, y carecen, por tanto, de la acción conforme se deduce de los términos del artículo 473 del Código Julicial", y que "ni en casos como éste es legalmente procedente declarar la nulidad del remate, toda vez que como lo advierte el señor Juez *a quo*, el remate no es nulo".

Demuestra lo anterior que el fallo contiene análisis jurídico de los planteamientos de la demanda, sin que hubiera pasado inadvertido sobre los términos mismos en que fue concebida. Si se podía o no resolver sobre la acción de dominio independiente de la de revisión, es cuestión jurídica, como antes se dijo. La sola lectura del enunciado "segundo error de hecho", que además tiene el mismo contenido del anterior, pone de presente la ineficacia de la censura.

El Tribunal falló favorablemente la petición de dominio propuesta por los demandantes, en virtud de no haber sido citados éstos al juicio de venta y ser dueños de la mitad del inmueble. Encontró, en consecuencia, que los títulos de los actores son mejores que los de la sociedad demandada, y ordenó la restitución consiguiente. De modo que no ignoró las pruebas del juicio de venta; por el contrario, por conocerlas supo que no se demandó en él a los promotores del presente juicio. Ni supuso el sentenciador, como lo cree el recurrente, que en el juicio de venta sólo se persiguió la mitad del inmueble hipotecado. De manera expresa afirma el Tribunal que la demanda en ese litigio "no fue dirigida contra los demandantes en este juicio, sino únicamente contra Ernesto Yepes, dueño de la otra mitad del inmueble, de lo cual resultó que al rematarse con ocasión de aquel juicio la

totalidad del inmueble, el mencionado remate equivale a venta de cosa ajena".

3º Ni hubo error de hecho en lo que a la apreciación se refiere. La sentencia estudió ese aspecto defensivo y no encontró que el tiempo de posesión fuera suficiente para fundarla. En lo cual, de existir equivocación por parte del fallador, sería respecto al valor de la prueba destinada a establecerla.

Involucra y confunde el recurso otro error de hecho que se plantea de este modo:

"El error de hecho se extiende a la no apreciación de la diligencia de notificación, de la contestación de la demanda y de los alegatos del doctor Peláez, en cuanto en esas pruebas aparece de bulto que la sucesión o el heredero en su condición de tal, propuso la excepción de prescripción ordinaria".

En otro aparte de la demanda de casación se había negado que Antonio Restrepo pudiera representar a la sucesión de Hipólito Restrepo. Entonces se afirmó:

"Cualquiera de los herederos puede pedir para la sucesión; aunque sea indispensable demandarlos a todos, para pedir contra ella. Puede cualquiera de los herederos impetrar la indebida representación de la sucesión y la falta del emplazamiento, por ser una petición en favor de la sucesión o para ella".

Involucra, porque la diligencia de notificación no constituye una prueba referida a la causa petendi, y confunde, porque el ataque por falta o defecto de una diligencia de esa naturaleza sería cuestión concerniente a la causal sexta.

Tercer cargo: errores de derecho en la apreciación de la prueba.

Dentro de este cargo se señalan dos errores: relativo el primero a la aducción del certificado de la Cámara de Comercio de Medellín, cumplida por el Tribunal en auto para mejor proveer, y el segundo referido al reconocimiento que del carácter de heredero en la sucesión de Hipólito Restrepo se hiciera en la persona de Antonio Restrepo.

Respecto al primero dice el recurrente:

"Al tenor del artículo 600 del Código Judicial, esa prueba sólo puede tenerse en cuenta para aclarar el punto dudoso que podía existir al respecto, y ese punto sólo podía ser el de precisar si evidentemente el certificado anexo a la demanda, y único que tiene valor de prueba en el juicio, estaba o no incompleto, y tenía o no el mérito atribuído por el artículo 40 de la Ley 28 de 1931.

"Traído a los autos ese nuevo certificado, se demostró con él que tenía razón el Juez de primera instancia, al considerar que el presentado con la demanda no reunía los requisitos exigidos por la Ley 28 de 1931, y no podía servir de prueba de la existencia de la sociedad y su representación. Quedó despejada la única duda y el único punto dudoso.

"Consecuencia obligada era entonces la confirmación del fallo del *a quo,* por no haberse demostrado la existencia y representación de la sociedad.

"Pero el Tribunal le dio valor al nuevo certificado, para probar en el juicio la existencia y la representación de la sociedad, como si la prueba hubiera sido allegada por el demandante en oportunidad, violando el artículo 600 del Código Judicial y el 40 de la Ley 28 de 1931: porque al tenor de dichos textos, no podía el Tribunal en auto para mejor proveer suplir la actividad del demandante, traerle una prueba que había sido presentada por él incompleta, y que el mismo Tribunal había denegado en la segunda instancia, al rechazar la petición de tomar copias de los libros de la Cámara de Comercio mediante una inspección ocular".

De lo anterior deduce el recurso violación, por indebida aplicación, de los artículos 946, 949 y 952 del Código Civil, con base en los cuales el Tribunal "creyó que debía prosperar la acción de dominio; todo ello al darle a ese segundo certificado el valor de prueba en el juicio, que el artículo 600 del Código Judicial no le permitía reconocer, como tampoco los artículos 597 y 598, ibídem, violados igualmente sobre oportunidad de alegar".

Relativamente al segundo error de este aparte del recurso, el recurrente dice que el Tribunal "incurrió en error de derecho al apreciar esas pruebas (se refiere a las partidas de defunción de Hipólito Restrepo y de nacimiento de Antonio), dándoles mérito para acreditar la condición de heredero; porque para ello era indispensable la partida de matrimonio del causante, pues la de nacimiento de Antonio no acredita ser hijo legítimo y tampoco vale como prueba de filiación natural. Además, constando en el certificado del Registrador, anexo a la demanda (fl. 2), que había existido sucesorio del causante y partición y sentencia aprobatoria registradas, lo pertinente era traer copias de esas piezas y del reconocimiento de heredero.

"Se infringieron así los artículos 630 a 636 del Código Judicial, conforme a los cuales debía presentarse la copia de la escritura pública de protocolización del sucesorio o de las piezas mencionadas, en la forma como esos textos indican; 935, ibídem, conforme al cual la prueba del reconocimiento como heredero es el auto del Juez que así lo disponga, en el sucesorio; 964 y 967, ibídem, conforme a los cuales la partición se prueba por la diligencia y sentencia aprobatoria, con sus registros, y con copia tomada directamente del sucesorio o de la escritura de protocolización (inc. 2º) y de aquél; 79 de la Ley 153 de 1887 y 18 de la Ley 92 de 1938, sobre prueba del matrimonio católico; 213 del Código Civil, conforme al cual se necesita la prueba del matrimonio, para acreditar la calidad de hijo legítimo.

"Esos errores en derecho condujeron al Tribunal a violar los artículos 1239, 1240, 1241 del Código Civil, 23 de la Ley 45 de 1936, que implícitamente aplicó en forma indebida, al dar por demostrada la calidad de heredero de Antonio Restrepo, como hijo legítimo, y el artículo 213 del Código Civil al dar por probada su condición de tal.

"También en la apreciación de la calidad de heredera de Ernesto Yepes Morales, de la demandada Ana Lucila Yepes, con solo las partidas de defunción y nacimiento, incurrió el Tribunal en los mismos errores de derecho, anotados.

"Consecuencia de estos errores fue el no haber declarado el Tribunal la ilegitimidad de la personería sustantiva o falta de legitimidad *ad causam*, de las dos sucesiones demandadas, por un doble motivo: a) Falta de prueba de la calidad de herederos de Antonio y Ana Lucila; b) Falta de prueba de ser ellos los únicos herederos o de quiénes eran los demás, para citarlos mediante notificación o emplazamiento, pero directamente y con sus propios nombres. Por lo menos respecto a la sucesión de Hipólito Restrepo, la prueba existía en el sucesorio referido en la certificación del Registrador de Instrumentos Públicos; a lo que se agrega la ausencia de un emplazamiento en legal forma a esos otros herederos, que en la demanda se reconoció que existían".

Se considera:

1º La facultad que en el supuesto del artículo 600 del Código Judicial se concede al fallador, en razón de una situación puramente subjetiva, como la que proviene de la duda respecto a una prueba, no puede estar sujeta a impugnación de las partes; es un acto de la conciencia del Juez que escapa a la controversia de los litigantes. Ni la prueba traída dentro del término que se hubiese fijado, puede reprocharse de mal allegada al juicio. "Esa norma —el artículo 600— simple facultad, es potestativa del fallador de segunda instancia y de que hace uso, no a solicitud de parte, sino cuando su criterio de apreciación se lo indica, pero con el fin expresado en el artículo 600 del Código Judicial. Un auto para mejor proveer no es una creación de prueba, sino un medio de aclarar puntos que el juzgador estime oscuros o dudosos. Esa norma tiene dos caracteres, potestativa y de carácter adjetivo, y teniendo en cuenta este último especialmente no puede influír en casación en casos como el de autos" (XLVI, 1934, 282).

2º Para demandar a Antonio Restrepo Arango en acción reivindicatoria como la que contiene la demanda iniciatoria del juicio, afirmó el actor las condiciones fundamentales de la dicha acción y las probó en el litigio. De modo que no puede confundirse la calidad de heredero de Antonio con relación a Hipólito Restrepo, en cuanto esa calidad pudiera ser decisoria en la acción de revisión del juicio hipotecario, con la calidad de representante de la sociedad poseedora del inmueble, o sea que no pueden equivocarse la acción de revisión con la de reivindicación que fue la aceptada por el Tribunal.

Cuarto cargo. Violaciones varias de la ley sustantiva.

También lo presenta el recurrente a través de tres motivos.

Primer motivo. "Si la demanda hubiera sido de simple reivindicación, el cargo no tendría fundamento, porque hubiera bastado la prueba de la posesión material de la demandada sociedad. Pero no puede desconocerse la demanda, que es muy clara al impetrar la revisión de la sentencia y al formular las otras peticiones sólo como resultado de esa revisión. Esto obliga a resolver sobre esa revisión, sobre las nulidades alegadas, sobre la invalidez del título del remate, y para todo eso era indispensable acreditar el interés jurídico de la sociedad, de Restrepo y de la sucesión.

"Al no exigir el Tribunal a los actores esas pruebas, violó el artículo 593 del Código Judicial y también el artículo 471, ibídem, conforme al cual era su deber pronunciarse sobre 'cada uno de los puntos litigiosos', es decir, sobre la revisión y las nulidades, para lo cual debía estar acreditada la *legitimatio ad causam*

de esos tres demandados, con sus títulos registrados.

"Esas violaciones trajeron también las de los artículos 946, 949, 952 y 970 del Código Civil, por indebida aplicación.

"Precisamente el Tribunal estudió la revisión y la nulidad sustantiva del remate, como aparece de la sentencia. Pero olvidó que para hacerlo era indispensable que estuviera acreditada la *legitimatio ad causam* de los demandados, lo que no aparecía en el juicio, como ha debido reconocerlo al observar la falta de esas copias. Se trata de violación directa, para consistir el error en no haber sacado la obligada conclusión, en presencia de los textos citados, 593 y 471 del Código Judicial, y no haberse abstenido, por tanto, de aplicar los artículos 946, 949, 952 y 970 del Código Civil.

"El mismo error hizo que aplicara indebidamente los artículos 2512 y 778 del Código Civil, al estimar con base en ellos que los demandados debían haber presentado esas pruebas, siendo obligación de los demandantes y, por tanto, al no desestimar la demanda por ese solo motivo, sin entrar a examinar la prescripción alegada por la sociedad y por Restrepo como heredero adjudicatario".

Segundo motivo. Violación del artículo 789 del Código Civil "por no haberlo aplicado en su parte final, en cuanto dispone que cesa la posesión inscrita por haberse cancelado la inscripción 'por decreto judicial' ".

"....

"Pero resulta que la demanda de venta se instauró sobre todo el bien; la hipoteca se constituyó sobre todo el bien; el remate se decretó sobre todo el bien, y se consumó, aprobó y registró sobre todo el bien.

"Por consiguiente, el registro del remate canceló el anterior a favor de todos los condueños. Registro ordenado por decreto judicial que aprobó el remate (fls. 12)".

Este error del Tribunal, según el recurrente, determinó la indebida aplicación de los artículos 946, 949, 952, 970 y 1871 del Código Civil. Y en cuanto el Tribunal no tuvo en cuenta el principio de la indivisibilidad de la hipoteca, violó también el artículo 2433 del Código Judicial. Y por fin, dentro de este mismo motivo, por falta de aplicación, se dicen quebrantados los artículos 764, 765, 769, 2527, 2528, 2529, 2513, 2518 y 2519 del Código Civil, relativos a la prescripción, la cual debió reconocerse en la sentencia, según lo quiere la demanda de casación que, por no haberla reconocido, la impugna por los motivos dichos.

Tercer motivo. Violación de los artículos 597, 598 y 600 del Código Judicial, que determinaron la infracción directa del artículo 40 de la Ley 28 de 1931, "al considerar acreditada en el juicio la existencia y representación de la sociedad demandada; el artículo 950 del Código Civil, al aceptar que la sociedad existía y era el sujeto pasivo de la pretensión reivindicatoria, o sea la poseedora (de no existir sociedad legalmente constituída, los poseedores serían quienes figuran como socios de la sociedad de hecho). El artículo 952 del Código Civil resultó asimismo violado, en forma directa, al aceptar el Tribunal que podía prosperar la acción de dominio, no obstante la ausencia de prueba de que la sociedad existía legalmente y era la poseedora".

Se considera:

1º Constituye este cuarto y último cargo dividido en los tres motivos sintetizados antes, una recopilación de los anteriores expuestos por el recurrente, que podrían tener como contestación las consideraciones ya hechas al respecto; pero que, a despecho de repetir, se observa que las censuras a la acumulación de acciones que la demanda recoge, no han tenido prosperidad porque no aparece que se hubiera contravenido el ordenamiento legal al realizar esa figura procesal, ni que, como queda dicho, existiese el error de hecho que contra la sentencia se dirigió y que en la parte anterior de esta sentencia se declaró infundado.

2º En lo atinente a la prescripción, para la cual se invoca la calidad de heredero de Antonio Restrepo con relación a Hipólito, a más de observar la contradicción en que incurre el recurrente al afirmarla en este cargo, después de haberla negado en uno de los anteriores, es suficiente con destacar que la condición de heredero no aparece probada, como bien lo declaró el Tribunal, y que no aparece el título que diera a la sociedad demandada la calidad de dueña del inmueble, para la ordinaria, y que permitiera, por tanto, enfrentar los títulos de dicha sociedad al de los demandantes.

En cuanto a que el remate efectuado en el juicio especial hipotecario fue de todo el inmueble, cosa que es cierta, con lo cual se pretende afirmar la ausencia de derecho por parte de los demandantes, en virtud de haberse cancelado por efecto del remate el respectivo título de propiedad, conviene recordar que, en la venta de

cosa ajena también se verifica la cancelación de un título, sin que esto pueda dar base para afirmar que el verdadero dueño no tenga la acción reivindicatoria, que expresamente le reconoce la ley. Esa es la defensa del verdadero dueño para reintegrar su patrimonio.

Por fin, en virtud de que los demandantes del presente juicio no fueron parte en el especial hipotecario, la sentencia dictada en este último les es inoponible.

3º El tercer motivo referido a la aplicación del artículo 600 del Código Judicial, ya fue materia de estudio al resolver uno de los cargos anteriores.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de fecha veinticinco (25) de junio de mil novecientos cincuenta y nueve (1959), proferida en el juicio ordinario de Ernesto Antonio Yepes Pineda y otro, contra la sociedad "Restrepo Arango Ltda.", sobre reivindicación de un inmueble.

Sin costas en el recurso por no haberse causado.

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

Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velasco, Jose Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava. - Enrique J. González, Conjuez, *Jorge Samudio Aguirre,* Conjuez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

CONTRATOS DE JUEGO Y APUESTA ("CONCURSO DEL 5 Y 6")

Naturaleza y efectos jurídicos. — La igualdad de probabilidades o de riesgos entre los contratantes, es regla inherente a su naturaleza aleatoria. — Responsabilidad del deudor por incumplimiento de sus obligaciones. — Modificación excepcional de las reglas generales al respecto. — Elementos constitutivos del caso fortuito. — Inspectores de Juegos. — Alcances de sus decisiones en asuntos jurídicos. — Historia y examen de las cláusulas del reglamento del "Concurso del 5 y 6". — La cláusula 6ª no es oponible a los apostadores cuando la no llegada de sus formularios a las oficinas del "5 y 6" se debe a hecho culposo imputable a la sociedad "Hipódromo de Techo".

1. El Código Civil se refiere al juego y a la apuesta como actos, no de simple diversión o esparcimiento, sino de especulación lucrativa; les asigna la naturaleza de contratos aleatorios y consagra el principio general de que estas convenciones no producen acción ni excepción, o sea que quien gana no puede exigir el pago y quien pierde no está obligado a pagar, y si lo hace tiene derecho de repetir lo pagado. Cuando no se limitan a la mera distracción, la ley considera el juego y la apuesta como actos contrarios a las buenas costumbres y los priva de eficacia jurídica por causa ilícita. Con todo, el mismo Código Civil consagra en el artículo 2286 una excepción a este principio general. Consiste la excepción en que los juegos de fuerza o destreza corporal sí producen obligaciones civiles y dan acción para exigir el pago, con tal que en ellos no se contravenga a las leyes de Policía.

La ley no explica lo que debe entenderse por contratos de juego y de apuesta, pero sí los clasifica en dos grupos principales. Los juegos y apuestas de un grupo no producen acción ni excepción, porque son actos de carácter ilícito. Los juegos del otro grupo engendran obligaciones civiles y confieren acción para exigir el cumplimiento de la prestación estipulada. A este segundo grupo se refiere el artículo 2286 del Código Civil y, según los términos de este precepto, tal grupo se halla integrado por aquellos juegos en que el factor determinante del éxito radica en la fuerza o destreza corporal del jugador o jugadores. La misma disposición anuncia varios de estos juegos lícitos, tales como el manejo de las armas o tiro al blanco, las carreras a pie, a caballo o en bicicleta, el balompié, el tenis, el polo, la natación y otros similares. Si los juegos lícitos son aquellos en que predomina la fuerza o la habilidad corporal, hay que concluír que el grupo de los ilícitos está compuesto por aquellos otros juegos en que prevalece la suerte o el azar, o sea los juegos en que la contingencia de la ganancia o pérdida depende principalmente, no de la acción del jugador o jugadores, sino de la casualidad. Esta clase de juegos, llamados de suerte y azar, es la que no produce obligaciones civiles ni naturales por estimársela contraria a las buenas costumbres. Esto en principio, porque suele suceder que, por excepción, la ley les reconoce efectos jurídicos a ciertos juegos de suerte y azar, como ocurre con las loterías de beneficencia.

Conviene anotar que, si bien el artículo 2286 citado, se refiere a los juegos y no a las apuestas, no hay razón que autorice para pensar que éstas son ilícitas en todo caso y que fueron excluídas de esta prescripción. Aunque el criterio para distinguir los juegos en lícitos e ilícitos no se aviene con la naturaleza de las apuestas, hay que admitir que éstas pueden clasificarse también en ilícitas y lícitas, según que el juego o hecho que las motiva dependa principalmente o no del azar o de la suerte y que, por tanto, sean o no contrarias a las buenas costumbres,

conforme a los principios generales. Por manera que la regla consagrada por este precepto en relación con los juegos de fuerza o destreza corporal, conviene asimismo a las apuestas que no dependen de la casualidad. Así, se infiere además del origen y propósitos de las disposiciones que regulan en común los efectos jurídicos de estos contratos de juego y de apuesta.

Conforme al mismo artículo 2286, las apuestas y los juegos lícitos producen obligaciones civiles cuando no contravienen a las leyes de Policía, esto es, cuando su funcionamiento se ajusta a las condiciones señaladas por los reglamentos de Policía. La eficacia jurídica de estos contratos está sujeta a la doble condición de no depender de la suerte o el azar y de funcionar con arreglo a las normas de Policía. La ley les reconoce a estos juegos y apuestas la calidad de contratos y defiere a los ordenamientos de Policía la regulación, no de su régimen jurídico, sino de las circunstancias en que pueden ser establecidos y funcionar. Esta deferencia a las leyes de Policía no priva al juego y a la apuesta de su naturaleza de contratos, ni por sí sola les imprime licitud y fuerza obligatoria, ni los convierte en meras órdenes o reglamentos de Policía; por el contrario, les refuerza su eficacia jurídica como tales contratos.

Además de los requisitos necesarios a toda convención y de la presencia del principio de la buena fe, los contratos de juego y de apuesta se hallan sometidos a una regla que es inherente a su naturaleza aleatoria, y que consiste en la igualdad de probabilidades o de riesgos entre los contratantes. Ninguno de éstos puede quedar o ser colocado en posición de desventaja respecto de los otros, y es ilícito todo acto o convenio que aumente los riesgos de ganancia o pérdida en perjuicio de una parte y en ventaja de la otra. Esta regla quedaría rota si, en el concurso del 5 y 6, y con fundamento en la cláusula sexta del reglamento, se desconociese valor a los formularios que no llegaron a las urnas respectivas por dolo o culpa de la empresa, y se exonera a ésta de la obligación de cubrir la ganancia obtenida por uno de estos formularios y aun de la responsabilidad consiguiente. Como tal desventaja sería inaceptable, no puede menos de concluírse que esa cláusula sexta no es oponible a los apostadores cuando la no llegada de sus formularios a las oficinas del 5 y 6 se debe a hecho culposo imputable a la sociedad "Hipódromo de Techo".

2. Las reglas generales sobre la responsabilidad del deudor por incumplimiento de sus obligaciones, establecidas por los artículos 1604, inciso 2º, y 1616 del Código Civil, pueden ser modificadas en casos especiales, bien para agravar esa responsabilidad, ora para atenuarla y aun para eximir de ella al mismo obligado cuando tal exoneración es lícita. Estas modificaciones excepcionales se producen unas veces por vía legal y otras por vía convencional, como lo expresa el último inciso del mentado artículo 1604 del Código Civil.

En principio el caso fortuito libera de responsabilidad al deudor, como se ha dicho, pero las partes pueden estipular lo contrario, y en tal evento debe cumplirse lo pactado, aunque sobrevenga un caso de fuerza mayor. Así lo dispone el artículo 1732 del Código Civil. También la ley modifica este principio en ciertas situaciones, como ocurre con el comodatario, quien se hace responsable del caso fortuito en los supuestos previstos por el artículo 2203 del mismo estatuto.

El artículo 1522, ibídem, prohíbe condonar el dolo futuro, y el 1523 estatuye que hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes. Los contratantes no pueden pactar que el deudor no será responsable por el incumplimiento doloso de sus obligaciones, porque esta estipulación quedaría afectada de nulidad absoluta, no sólo por objeto ilícito, sino también por constituír una condición potestativa dependiente de la mera voluntad del obligado (C. C., 1535). Y lo que se dice del dolo es también aplicable a la culpa lata por estar equiparada a aquél (C. C., 63). Según esto, la responsabilidad del deudor por dolo o culpa grave no puede ser atenuada ni descartada por vía contractual. Así lo expresó la Corte en casación de 9 de diciembre de 1936 (XLIV-1918, 405), aunque vale anotar que no todos los doctrinantes comparten este concepto en cuanto concierne a la responsabilidad por culpa grave.

En relación con la responsabilidad del deudor por culpa leve o levísima que consagra el referido artículo 1604, ella es también susceptible de sufrir variaciones por disposición especial de la ley o por convenio expreso de las partes, como lo dispone el inciso último de esta misma disposición. Así, por ejemplo, el mandatario y el depositario en algunos casos responden de la culpa leve, según los artículos 2155 y 2247 del Código Civil, no obstante que sus gestiones se dirigen a beneficiar a sus respectivos acreedores. De igual modo, y salvo disposición prohibitiva en contrario, las partes contratantes disfrutan de la facultad de agravar, limitar y aun

eliminar esta responsabilidad del deudor mediante estipulación expresa consignada en la convención respectiva. Del ejercicio de este derecho provienen las cláusulas exonerativas de responsabilidad que no es raro hallar en algunos contratos, especialmente en los calificados de adhesión.

En esta materia cabe recordar asimismo que, como el dolo y el caso fortuito no se presumen, sino que deben ser comprobados (C. C. 1516 y 1604), el incumplimiento de una obligación es un hecho antijurídico que por sí mismo entraña una culpa del deudor. De aquí que se haya dicho que ese incumplimiento constituye una presunción de culpa (LXXX, 2155, 688), presunción legal que el deudor puede destruír acreditando su diligencia o cuidado o el caso fortuito.

3. Cuatro son los elementos constitutivos del caso fortuito, a saber: la inimputabilidad, la imprevisibilidad, la irresistibilidad y la imposibilidad absoluta de cumplimiento. Consiste el primer factor, según los artículos 1604 y 1738 del Código Civil, en que el hecho o suceso que se invoca como caso fortuito no se haya producido por culpa del deudor o de las personas por quienes éste fuere responsable. La imprevisibilidad se funda en que el mismo suceso no haya podido ser racionalmente previsto. La irresistibilidad consiste en que haya sido absolutamente imposible evitar el hecho o suceso aludido, no obstante los medios o defensas empleados por el deudor para eludirlo. La imposibilidad radica en que tal hecho coloque al mismo deudor en situación absoluta de no poder cumplir la obligación respectiva (LXXV, 2129, 252).

4. El Inspector de Juegos es un funcionario de Policía, y sus decisiones desatan cuestiones de hecho, pero no de derecho, y no adquieren en asuntos jurídicos la modalidad de la cosa juzgada material.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., diciembre trece de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Enrique López de la Pava).

El señor Efraím del C. González, obrando por ministerio de apoderado, demandó ante el Juez Noveno Civil del Circuito de Bogotá a la entidad llamada "Hipódromo de Techo S. A.", para que, en sentencia dictada por la vía ordinaria, se hicieran estas declaraciones:

"*Primera.* Que la boleta especial para el concurso 5 y 6, número 315175 - Triplicado - Serie C. G., sellada en el expendio número 40, autorizado por el 'Hipódromo de Techo S. A.', y que funciona o funcionaba en el edificio de los Almacenes Sears, correspondiente a la reunión hípica del veintiocho (28) de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), y cuyo sello dice lo siguiente: 'Hipotecho - Fontibón. - Número 40 - 28 - 8 - 88 - 0099', por la suma de diez y seis pesos ($ 16.00), jugada por mi poderdante, señor Efraím del C. González, reúne los requisitos exigidos por el reglamento, en cuanto se refiere a las obligaciones impuestas a las personas que participan en el concurso del 5 y 6.

"*Segunda.* Que, como consecuencia de la declaración anterior y teniendo en cuenta que mi mandante acertó con los seis caballos ganadores en el concurso del 5 y 6, correspondiente a la fecha veintiocho (28) de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), se condene a la sociedad anónima denominada 'Hipódromo de Techo S. A.', representada por su Gerente, señor Jenaro Rico, actualmente, a pagar a mi poderdante, señor Efraím del C. González, la cantidad de cuarenta y un mil ciento cincuenta y seis pesos con noventa centavos ($ 41.156.90), suma ésta que fue pagada a cada uno de los concursantes que acertaron con los seis caballos ganadores en la fecha indicada. O aquella suma que dentro del juicio se demuestre, por intermedio de peritos. Dinero que le debe ser pagado a mi representado como tenedor de la boleta premiada que he determinado en el punto primero petitorio de esta demanda.

"*Tercera.* Que se condene a la sociedad anónima 'Hipódromo de Techo S. A.', a pagar los perjuicios ocasionados a mi mandante por el no pago oportuno del premio que aquí demando consistentes en el lucro cesante y daño emergente, cuyo monto demostraré durante la secuela del juicio. Y en caso de que ello no fuere posible, esta condena debe hacerse en abstracto, tal como lo preceptúa el artículo 553 del Código Judicial.

"*Cuarta.* Que se condene a la sociedad anónima 'Hipódromo de Techo S. A.', a pagar las costas que este juicio ocasionare".

En respaldo de estas peticiones se expusieron varios hechos que pueden compendiarse así:

1. Entre las cuatro y cinco de la tarde del 27 de agosto de 1955 el señor Efraím del C. González se presentó en el expendio de formularios

número 40, que entonces funcionaba en el edificio de los Almacenes Sears, de esta ciudad; compró allí cuatro boletas, distinguidas con los número 315175, 315176, 315177 y 315178, y procedió a llenarlas; hecho esto, presentó esas boletas al sellador Alfonso Aguirre Serrano, con los valores de $ 16.00, $ 2.00, $ 2.00 y $ 2.00; las mismas boletas fueron selladas por este señor con la siguiente numeración, en su orden: 0099, 0101, 0102 y 0103; practicada esta operación, el sellador devolvió a González los triplicados de los formularios dichos.

2. "En el lleno de las expresadas boletas el señor González, mi poderdante, cumplió a cabalidad con el reglamento del concurso, que en forma completa y discriminada lo contiene al reverso de cada boleta, sin omitir requisito alguno, como se puede ver al observar detenidamente cada una de ellas, que en triplicado acompaño a la presente demanda".

3. El 29 de agosto de 1955 el señor González se presentó en las oficinas del 5 y 6 con el fin de cobrar el premio correspondiente, ya que en la boleta sellada con el número 0099 había acertado en la escogencia de los seis caballos ganadores, pero los empleados encargados de hacer el pago le manifestaron que esa boleta no podía ser pagada por haberse extraviado el original y el duplicado, y que esta circunstancia se había hecho constar en el acta que se asentó el 28 de agosto de 1955, y que suscribió el Inspector Distrital de Juegos. Posteriormente el doctor Sergio Toledo Rangel, como apoderado de González, acudió a las mismas oficinas con los señores Manuel G. Duarte y Manuel J. Ardila, con el fin de hacer el cobro del premio, pero allí se le negó también el pago con los argumentos ya expresados.

4. Más tarde el nombrado doctor Toledo y el nuevo mandatario de González, doctor Luis Alfredo Rey, se acercaron a las oficinas del Gerente del "Hipódromo de Techo S. A.", con el propósito de tratar personalmente el asunto del pago del premio, pero allí se les ordenó ir a las oficinas del 5 y 6, donde los atendió un señor que les enseñó el acta extendida el 28 de agosto, y les dijo que el formulario no se pagaba por hallarse en el evento que contempla el artículo 19 del reglamento.

5. El extravío del original y del duplicado del formulario en cuestión, no exonera a la sociedad "Hipódromo de Techo" de pagar el premio correspondiente, alegando el caso fortuito que prevé el citado artículo del reglamento.

6. El concurso hípico del 5 y 6 depende directamente del "Hipódromo de Techo S. A.", y por tanto esta sociedad se halla obligada a pagar el premio por el monto correspondiente a lo que cubrió a los otros concursantes que en la misma fecha acertaron a señalar los seis caballos ganadores.

La sociedad "Hipódromo de Techo" contestó la demanda, y en su respuesta aceptó unos hechos, negó otros, se opuso a las peticiones formuladas, y expresó finalmente:

"Los hechos en que la empresa demandada apoya su defensa son los siguientes:

"*Primero.* El formulario número 315175, número de orden 0099, por valor de $ 16.00, que se dice por el actor haber sido sellado en el expendio número 40 para entrar en concurso en la reunión trigésimacuarta, no llegó al Departamento del 5 y 6.

"*Segundo.* En presencia de la planilla presentada por el sellador número 40, en que incluía como recibido por él el formulario objeto de esta acción, y en consideración a que dicho formulario no apareció, no entró en juego de acuerdo con las normas que rigen el concurso.

"*Tercero.* La exclusión de tal formulario por falta de él fue necesariamente realizada antes de iniciarse la reunión oficial de carreras, y consta en acta levantada por el señor Inspector Distrital de Juegos.

"*Cuarto.* El señor Inspector Distrital de Juegos es la única autoridad competente para indicar cuáles formularios entran en juego y cuáles no.

"*Quinto.* Por los micrófonos del Hipódromo, antes de comenzar las carreras integrantes del concurso del 5 y 6, se avisó al público, de manera profusa, qué formularios habían sido anulados y cuáles no entraban en juego.

"*Sexto.* El formulario que determina la demanda se anunció en forma especialísima y singular por los micrófonos del Hipódromo que no entraba en juego por no haber llegado al Departamento del 5 y 6, no obstante anunciarse su remisión en una planilla.

"*Séptimo.* El Hipódromo no está obligado a pagar formularios que no hayan entrado en juego en razón de no haber sido recibidos en el Departamento del 5 y 6, con arreglo a los términos establecidos en el ordinal 19 del Reglamento del Concurso, que, a manera de cláusula de contrato de adhesión, aparece incorporada al reverso de cada ejemplar, con su duplicado y tri-

plicado para apostar en el Concurso del 5 y 6. El ordinal 19, antedicho, corresponde al artículo 353 del Reglamento de carreras que rige las relaciones de los apostadores con el Hipódromo.

"*Octavo.* El señor Alfonso Aguirre Serrano no ha sido ni es empleado del 'Hipódromo de Techo', y cuando sellaba formularios del 5 y 6, y en la época precisa de sellar el formulario objeto de este pleito, no era empleado de 'Hipódromo de Techo S. A.'.

"*Noveno.* Desde el momento de expresarse en acta escrita por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones, que un formulario no aparece al momento de sellarse las urnas y de determinarse qué formularios entran en juego, 'Hipódromo de Techo' no tiene obligación ninguna con el supuesto apostador, tenedor del formulario excluído.

"*Décimo.* El señor Efraím del C. González, al sellar el formulario materia de la acción, aceptó expresamente lo que al respaldo del formulario reza: 'Al sellar este formulario el apostador acepta de hecho las presentes cláusulas', y, por consiguiente, aceptó el ordinal 17 que aparece al respaldo del formulario, y que textualmente dispone: 'Al sellar el presente formulario los apostadores se someten sin apelación a este reglamento y al que rige las carreras de caballos, las disposiciones de las autoridades hípicas y especialmente a las decisiones de los señores Comisarios, únicos jueces de las carreras, y a cualquiera otra disposición del reglamento general que no esté en contradicción con el presente reglamento'.

"Sería de incalculables alcances, por su peligrosidad, disponer que el simple hecho de que un sellador afirmase en planilla haber sellado un formulario de N. pesos de valor, y aun llegase a acompañar el precio de dicho formulario, sin agregar el original y el duplicado, constituye obligación para la empresa de pagarlo si resultare favorecido, pues bastaría que con la máquina de registro que posee cada sellador se numerase, sellando, un formulario en blanco para llenarlo luego de realizadas las carreras. Esto bastaría para que no pudiese existir juego ni hubiese seguridad de naturaleza alguna para los demás apostadores, ya que los más hábiles e inescrupulosos resultarían acertando el número de caballos que les placiese mediante el lleno de formularios después de las carreras".

La primera instancia del litigio se surtió con la correspondiente recepción de pruebas, y concluyó con la sentencia de 26 de agosto de 1958, en cuya parte resolutiva se dispuso:

"*Primero.* Declárase que la boleta o formulario para el concurso del 5 y 6 que dio origen a este juicio, reúne los requisitos exigidos por el reglamento para el Concurso del 5 y 6 en el Hipódromo de Techo a los concursantes o jugadores.

"*Segundo.* Consiguientemente, condénase a la sociedad 'Hipódromo de Techo S. A.', domiciliada en esta ciudad y representada por su Gerente, a pagar al demandante Efraím del C. González, mayor de edad y de esta vecindad, la suma de treinta mil ochocientos sesenta y siete pesos con sesenta y nueve centavos, correspondiente al valor del premio que el apostador demandante ganó en el indicado concurso durante la reunión hípica que tuvo lugar en el hipódromo de propiedad de la sociedad el día veintiocho (28) de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), pago que deberá efectuarse tan pronto quede ejecutoriada esta providencia.

"*Tercero.* Condénase a la sociedad demandada a pagar en la debida oportunidad al demandante, señor González, los perjuicios causados por la demora en el pago del premio a que se refiere el anterior numeral.

"*Cuarto.* Condénase a la sociedad demandada al pago de las costas del presente juicio".

La sentencia acusada.

Ambas partes apelaron de la decisión de primer grado, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá puso término a la segunda instancia mediante el fallo de cinco de abril de 1960, en el cual se resolvió:

"*Primero.* Confírmase los numerales primero y segundo de la sentencia apelada.

"*Segundo.* Revócase el numeral tercero de dicha sentencia, y en su lugar se niega la petición tercera de la demanda, de cuyos cargos se absuelve a la sociedad demandada.

"*Tercero.* Se reforma el numeral cuarto del mismo fallo en el sentido de condenar a la sociedad demandada en las costas de la primera instancia con deducción de una cuarta parte.

"*Cuarto.* Sin costas en la segunda instancia".

La motivación de esta sentencia contiene varias consideraciones que conviene recordar.

En primer término estudia y encuentra establecidos en el juicio los presupuestos procesales, y considera a las partes legitimadas en causa

por ser el demandante titular de la pretensión que hace valer y la sociedad demandada la entidad a cuyo cargo está cubrir la ganancia o premio de los formularios que aciertan.

El fallo entra luego en el análisis de la naturaleza jurídica del llamado "Concurso del 5 y 6", pone de presente las obligaciones, tanto de los apostadores a las carreras de caballos como de la sociedad "Hipódromo de Techo", y expresa: "De lo dicho anteriormente se concluye que los apostadores sólo se entienden con el 'Hipódromo de Techo S. A.', a través de sus selladores autorizados, quienes son para ellos los representantes de dicha sociedad para todos los efectos del Concurso del 5 y 6. Por consiguiente, en el momento en que un sellador autorizado pone el sello de control en un formulario que ha sido llenado en debida forma, recibe el valor de la apuesta, retiene el original y el duplicado y devuelve al apostador el triplicado, se perfeccionan dos contratos: uno de apuesta con los demás concursantes, por intermedio del 'Hipódromo de Techo S. A.', y otro de mandato o comisión con dicha sociedad a través del sellador por ella autorizado".

Expone las características del aludido contrato de apuesta, señala los factores que lo distinguen del contrato de juego, y afirma que es de apuesta la convención que celebran los concursantes del 5 y 6, por motivo de que ellos se prometen "recíprocamente una prestación para el caso de ser verdad la afirmación que hacen en sus formularios de que ganarán determinados caballos". Sostiene que, aunque el artículo 95 de la Ley 153 de 1887 estatuye que el juego y la apuesta no producen acción ni excepción, se trata ahora de uno de los casos excepcionales que prevé el artículo 2286 del Código Civil, o sea de un contrato que es plenamente válido y que por ello confiere al apostador ganancioso el derecho de exigir el pago a los otros concursantes. "Desde este punto de vista —dice la sentencia— no ofrece, por consiguiente, reparo alguno la pretensión del demandante para que se condene a la sociedad demandada a pagarle el valor del premio que le correponde". Anota también que es de adhesión ese mismo contrato de apuesta que celebran los concursantes del 5 y 6 y que ofrece además los caracteres de oneroso, mutuario y aleatorio. Después de explicar estos caracteres expresa el fallo:

"Se tiene así que, dado el sistema de apuestas consagrado en el reglamento que rige el Concurso del 5 y 6, los concursantes no apuestan contra una cantidad fija ofrecida por el 'Hipódromo de Techo S. A.', como sucede en las loterías, v. gr., sino que el premio que persiguen es el formado por el monto de sus propias apuestas. Por esta razón el Hipódromo no tiene la calidad de apostador frente a los concursantes, sino el de simple intermediario o *nuntius*, por cuyo conducto se perfecciona el contrato de apuesta de aquéllos entre sí. No podrían, por consiguiente, los apostadores gananciosos exigirle al Hipódromo el pago del premio en su condición de apostador perdidoso, puesto que al no tener dicha sociedad la calidad de parte en el contrato de apuesta carecería de legitimación para ser demandada en ese carácter.

"La oferta que hacen los apostadores al presentar sus formularios al sellador autorizado, queda aceptada por el Hipódromo en su condición de mandatario o *nuntius* de los demás concursantes y perfeccionado, por ende, el contrato de apuesta mutua, en el momento en que aquél pone el sello de control a los formularios llenados en debida forma, puesto que de aquí en adelante ninguna intervención tienen ya los apostadores, y sólo quedan pendientes las obligaciones que el reglamento impone al Hipódromo.

"Cualesquiera que sean las relaciones existentes entre el Hipódromo y los selladores autorizados por él, lo cierto es que para los concursantes y para el público en general, ellos representan al Hipódromo para los efectos del Concurso del 5 y 6, y de aquí que entiendan los apostadores que al entregar a dichos selladores sus formularios para que les pongan el sello de control, al consignarles el valor de sus apuestas y al recibir el triplicado, es el propio Hipódromo quien sella el formulario, quien recibe el valor de la apuesta y quien devuelve al concursante el triplicado como prueba de que se perfeccionó el contrato respectivo".

Acerca del contrato de mandato o de comisión que los concursantes celebran con el Hipódromo a través de los selladores de formularios, dice el fallo que esa convención es distinta de la de apuesta que se ha descrito, y que en virtud de ella la sociedad demandada recauda y se hace depositaria del valor de todas las apuestas hechas por dichos concursantes, y se obliga a distribuír los dividendos entre los apostadores que aciertan en la designación de los caballos ganadores, y agrega: "Con fundamento en dicho contrato, que al igual que el de apuesta, es de adhesión, el apostador ganancioso tiene derecho a exigir directamente del 'Hipódromo de Techo S. A.', el valor del dividendo correspondiente, desde luego que una de las obligaciones que pe-

rentoriamente le impone el reglamento a esa sociedad es la de pagar dicho dividendo a los apostadores gananciosos que dentro de los diez días siguientes a la reunión hípica presenten en debida forma el triplicado que se dejó en su poder.

"En casos como el presente, vale decir, cuando se ha depositado en manos de un tercero el valor de la apuesta, los doctrinantes han considerado que ese depósito equivale al pago y que, en consecuencia, el apostador ganancioso debe dirigirse directamente contra el tercero para exigir la entrega de las sumas o cosas apostadas, y no contra el apostador o los apostadores perdidosos.

"En tal evento la demanda para el pago del premio se dirige contra el 'Hipódromo de Techo S. A.', no en su calidad de apostador, sino en su carácter de mandatario, comisionista o depositario, obligado por el reglamento a pagar a los apostadores gananciosos el dividendo que les corresponde".

Aplicando estas ideas al caso de autos, afirma el fallo que aparece demostrado que el señor Efraím del C. González hizo sellar el formulario de que se trata, que cumplió todas las demás exigencias del reglamento del Concurso del 5 y 6, que en ese formulario acertó con los seis caballos ganadores y que oportunamente se presentó a cobrar el respectivo dividendo, pero que el pago le fue negado. "De lo dicho se concluye —expresa la sentencia— que el demandante González cumplió cabalmente con todas las obligaciones que el reglamento del Concurso del 5 y 6 impone a los apostadores, y que por haber acertado seis caballos tiene derecho a que el 'Hipódromo de Techo S. A.', le pague el dividendo correspondiente".

En capítulo especial examina el fallo los hechos y razones que la sociedad demandada alega en justificación de su negativa a pagar el premio o dividendo que el actor reclama. A este propósito la sentencia recuerda que se trata aquí de un contrato de adhesión, y cita una doctrina de la Corte en que se prohija la teoría de que en esta clase de convenciones hay dos tipos de cláusulas, unas esenciales y otras accesorias, de que en relación con las primeras es aplicable el principio de que todo contrato es una ley para las partes, y de que las accesorias sólo son oponibles al contratante que presta su adhesión en cuanto se encaminan a precisar el sentido o inteligencia de las esenciales, pero no cuando modifican disimuladamente el alcance de la convención. En seguida añade el sentenciador:

"De acuerdo con lo dicho resulta incuestionable que, tratándose del contrato de adhesión que celebran los concursantes del 5 y 6, son cláusulas esenciales las referentes a las obligaciones a cargo de los apostadores y a los derechos que tienen en frente del Hipódromo, y accesorias todas las demás, particularmente las atinentes a la marcha interna de la empresa, como es la que impone a los selladores la obligación de entregar en las oficinas respectivas el original y el duplicado de los formularios sellados, antes de una determinada hora. Estipulación semejante no es oponible a los apostadores, pues que el incumplimiento de la misma jamás puede atribuírse a culpa suya, sino a una deficiente organización de la empresa, a una mala elección o mala vigilancia de sus empleados, y en especial de sus selladores autorizados. Por consiguiente, el hecho de que por negligencia, descuido o inclusive dolo de los selladores o de los empleados del Hipódromo, no se depositen en las urnas del 5 y 6 el original y el duplicado recibidos por el sellador autorizado, y relacionados en la planilla, ese hecho no puede perjudicar al apostador que cumplió estrictamente con todas sus obligaciones, ni relevar al Hipódromo de la obligación de pagar a su dueño el dividendo correspondiente en caso de haber acertado los caballos ganadores.

"Es obvio que, cuando por fuerza mayor o caso fortuito, no llegan oportunamente los originales y duplicados de los formularios sellados a la administración del 5 y 6, como sería el accidente de transporte aéreo o terrestre previsto en el artículo 19 del reglamento, el Hipódromo queda exonerado de la obligación de pagar el premio que pudiere corresponder a tales formularios, de conformidad con principios generales de derecho. Pero para que quede libre de tal obligación debe inexcusablemente dar la prueba del hecho constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, tal como lo ordena el artículo 1604 del Código Civil.

"En el caso *sub lite* no se probó que la no entrega del original y duplicado del formulario sellado en debida forma por el demandante, hubiera obedecido a fuerza o caso fortuito, y, en consecuencia, hay que concluír que la pérdida o no entrega del original y del duplicado mencionados se produjo por culpa del Hipódromo y, por ende, que no puede liberársele de la obligación de pagar al demandante el valor del dividendo por él reclamado".

Por último, el fallo pone de relieve la inconsonancia que considera existir entre las cláusulas 6ª y 19 del reglamento del Concurso del 5 y 6,

consistente en que, según el artículo 19, sólo el caso fortuito exonera al Hipódromo del pago del premio, mientras que, conforme al 6º, dicha empresa quedará liberada de cubrir ese premio en todos los casos en que el original y el duplicado de los formularios no lleguen oportunamente a las oficinas del 5 y 6, cualquiera que sea la causa de ello, incluso el dolo de los propios empleados de tal empresa. Esta antinomia debe resolverse, según el sentenciador, dándole aplicación prelativa al artículo 19, por ser posterior y porque consulta mejor los principios de la equidad y de la buena fe. "Síguese de lo dicho —termina diciendo la sentencia— que carecen de fundamento las razones en que la sociedad demandada apoya su defensa, y, consecuencialmente, que está obligada a pagar al demandante el dividendo que le corresponde, o sea la cantidad de $ 30.867.69".

La impugnación.

La parte demandada recurrió en casación contra la sentencia del Tribunal, y con fundamento en la primera de las causales que señala el artículo 520 del Código Judicial, formula contra ese fallo los tres cargos que la Corte pasa a examinar.

Primer cargo. Se hace consistir en el quebranto, por falta de aplicación, del artículo 2286 del Código Civil, y por aplicación indebida del artículo 1604, *ibídem*, "no sólo a través de la llamada violación directa, sino también como consecuencia de error de hecho en la intepretación del artículo 19 del reglamento del Concurso del 5 y 6".

En desarrollo de este cargo afirma el impugnante que el reglamento aludido se halla establecido y autorizado por los funcionarios de Policía, y, que en consecuencia, los apostadores están sujetos a él, no por vía contractual, sino en obedecimiento a preceptos emanados de autoridad. Ese reglamento contiene los artículos 6º, 15, 17 y 19, que, en su orden, disponen: el primero, que carecen de valor los formularios que no tengan los sellos de control del Hipódromo con el número de orden correspondiente al sellador autorizado, o "si para el momento del escrutinio no están depositados en las urnas del 5 y 6 sus correspondientes originales y duplicados, considerándose apócrifos aquellos que carezcan de tales requisitos"; el segundo, que "no se considerarán válidos los formularios que no llenen los requisitos del presente reglamento"; el 17, que "al sellar el presente formulario los apostadores se someten sin apelación a este reglamento y al que rige las carreras de caballos", y el 19, que "en los casos de accidente de transporte aéreo o terrestre u otra causa fortuita que impida llegar a poder de la Administración del 'Hipódromo de Techo S. A.', este formulario el día u hora señalados por el Departamento del 5 y 6 para su recepción, tal formulario no entrará en el juego, devolviéndose el monto de la apuesta y el valor del formulario a la presentación del triplicado correspondiente, sin que haya lugar a reclamación alguna por ningún otro concepto".

Teniendo las normas reguladoras del Concurso del 5 y 6 el carácter de reglamento de Policía, ellas deben ser obedecidas y cumplidas por la sociedad "Hipódromo de Techo" y por los apostadores, conforme a lo prescrito por el artículo 2286 del Código Civil, toda vez que este precepto les imprime obligatoriedad. La sentencia viola este artículo por falta de aplicación al considerar el reglamento mencionado, no como normas de Policía, sino como cláusulas de un contrato para el efecto de dirimir la controversia en el campo del puro derecho contractual.

El fallo asimila el caso de autos a la hipótesis regulada por el artículo 19 del reglamento para decidir que el Hipódromo no puede ser exonerado de pagar el premio por no haber comprobado el caso fortuito que impidió la llegada del original y del duplicado del formulario de González a las oficinas del 5 y 6. Sin embargo, el caso de autos no es el regulado por dicho artículo 19, sino el previsto por el 6º del reglamento, en concordancia con el 17, o sea el evento en que por cualquier circunstancia, incluso la culpa del Hipódromo, se produzca la pérdida o extravío del original y del duplicado de un formulario, y no lleguen éstos oportunamente a las oficinas referidas. En este supuesto no puede cubrirse el premio y sólo le queda "al apostador que probare dicha culpa la acción de indemnización de perjuicios, por incumplimiento del contrato, exclusivamente". Como consecuencia de esto la sentencia infringe, por aplicación indebida, el artículo 1604 del Código Civil al estimar aplicable el artículo 19 del reglamento y exigir a la parte demandada la prueba del caso fortuito para liberarla de la obligación de pagar el premio. Como el caso de autos es el mismo que prevé el artículo 6º del reglamento, la sentencia incurre en error manifiesto de hecho al no estimarlo así y al juzgar que se trata de evento regulado por el artículo 19. Este error condujo al fallador a aplicar en forma indebida el citado artículo 1604 al requerir la prueba del caso for-

tuito en una hipótesis distinta de la que contempla este litigio.

Segundo cargo. Consiste en la "violación por falta de aplicación del artículo 1602 del Código Civil, primera parte, y por indebida aplicación de la segunda parte de dicha norma".

En sustentación de este cargo sostiene la demanda de casación que la cláusula del artículo 6º del reglamento del Concurso del 5 y 6 no es de aquellas que, en los contratos de adhesión, impone la voluntad omnímoda de una de las partes, sino que ofrece un carácter típico de orden público, porque interesa a todos los apostadores y a la sociedad en general, ya que los precave de que aparezcan triplicados sin original y duplicado elaborados con posterioridad a la reunión de las carreras. Así las cosas, aun en el supuesto de que pudiera enfocarse el problema por su solo aspecto contractual, la sentencia no podía dejar de aplicar esa cláusula sexta, pero como sucede que dejó de lado tal estipulación, y la tuvo por inoponible al apostador demandante, violó con ello la primera parte del artículo 1602 del Código Civil, por falta de aplicación, así como infringió también, por indebida aplicación, la segunda parte del mismo precepto "en cuanto invalidó prácticamente, al no hacer oponible al demandante, la misma cláusula".

Tercer cargo. Se funda en la "violación de los artículos 1º de la Ley 95 de 1890 y 1604 del Código Civil, por falta de aplicación".

Sobre este cargo expresa el recurrente que a la una y media de la tarde del 28 de agosto de 1955, día de la reunión hípica, el Jefe del Concurso y el Inspector Distrital de Juegos realizaron la confrontación o "chequeo" de los formularios sellados que podían participar en el concurso, que notaron entonces la ausencia del original y del duplicado del formulario del señor González y que, por tanto, lo excluyeron de dicho concurso. "No cabe entonces la menor duda —agrega la demanda— de que el formulario del señor Efraím del C. González, desde la una y treinta de la tarde del día de las carreras, quedó anulado y fuera del concurso, no por determinación unilateral del 'Hipódromo de Techo S. A.', a través del Jefe del Concurso, sino por orden de autoridad, cual es el Inspector de Juegos del Distrito".

Con respaldo en esta premisa sostiene el recurso que, aun en la hipótesis de que las cláusulas del reglamento que autorizan la anulación de formularios no fueran oponibles a los apostadores por tratarse de un contrato de adhesión, resulta que en este evento la anulación del formulario de González se produjo por orden del Inspector de Juegos, y que esto constituye un caso fortuito o de fuerza mayor que impide al Hipódromo pagar ese formulario, toda vez que la empresa debe sujetarse a los mandatos de dicha autoridad. La sentencia violó, por falta de aplicación, los artículos 1º de la Ley 95 de 1890 y 1604 del Código Civil al no declarar liberada a la sociedad del pago del formulario excluído, por causa de ese caso fortuito. Añade finalmente el recurso que, aunque el actor ha sostenido que la no llegada de su formulario, se debió a culpa del Hipódromo, esta culpa no ha sido demostrada ni ella se presume, fuera de que la anulación se produjo por aplicación de una cláusula del reglamento que el apostador González aceptó.

Consideraciones de la Corte.

I. La entidad o empresa denominada "Hipódromo de Techo" se halla organizada y funciona bajo la forma de una sociedad anónima comercial que se constituyó con el objeto de establecer y explotar el negocio de hipódromos y de carreras de caballos. Con este propósito dicha sociedad estableció el llamado Hipódromo de Techo en jurisdicción del Municipio de Fontibón, y organizó mediante reglamento varios sistemas de apuestas sobre las carreras de caballos que en ese campo se efectúan semanalmente. Entre estos sistemas de apuestas figura uno que se conoce con el nombre de "Concurso del 5 y 6". Consiste este sistema fundamentalmente en la realización de seis carreras de caballos, en que cualquier persona puede apostar a la victoria de seis de los caballos participantes, y en la entrega o pago de una suma de dinero al apostador que acierte con cinco o seis de los caballos ganadores. Las apuestas se realizan mediante la adquisición onerosa de una boleta denominada formulario, que se expide en tres ejemplares iguales, y la designación en él de los caballos que, en concepto de cada apostador, han de salir victoriosos en esas justas hípicas. El formulario, una vez así elaborado, se entrega con el respectivo valor de la apuesta en uno de los expendios del mismo; el expendedor o sellador que lo recibe coloca en él un sello, con su número de orden mediante una máquina, retiene el original y el duplicado y el valor de la apuesta, y entrega el triplicado al apostador. El mismo sellador debe confeccionar una planilla reseñadora de los formularios que ha recibido y sellado, y entregar los originales y duplicados, con el monto de sus valores, en las oficinas del 5 y 6 antes de la hora se-

ñalada para iniciar las carreras. En esas oficinas se hace luego una confrontación o escrutinio de los mismos formularios, y se señalan los que pueden participar en las apuestas y los que por alguna irregularidad son excluídos de ese concurso. El monto total de las apuestas lo recibe la empresa, y de él destina el setenta por ciento para distribuírlo entre los apostadores gananciosos.

En el caso presente, el señor Efraím del C. González compró e hizo sellar oportunamente un formulario de apuesta para las carreras que se realizaron el 28 de agosto de 1955; el sellador lo reseñó en la planilla respectiva, pero sucedió que, al practicar la confrontación del caso en las oficinas del 5 y 6, no aparecieron allí el original y el duplicado de ese formulario, razón por la cual fue excluído del concurso, pero con la orden de restituír a González el valor de su apuesta. Efectuadas las carreras, éste observó que en su formulario había acertado con los seis caballos ganadores en cada una de ellas, y acudió puntualmente a solicitar el pago de la suma ganada. La empresa negó ese pago por las razones que son ya conocidas.

II. El recurrente sostiene que la sentencia viola por inaplicación el artículo 2286 del Código Civil, a causa de atribuirle al "Concurso del 5 y 6" la naturaleza de contrato y de no reconocer que es un simple reglamento establecido por las autoridades de Policía y de obligatorio cumplimiento, tanto por el Hipódromo de Techo como por los apostadores. Dicho precepto defiere a las normas de Policía la regulación y funcionamiento de ciertos juegos y apuestas, y se lo quebranta, según el impugnante, cuando las controversias surgidas con motivo de estos juegos y apuestas se deciden por vía contractual, y no con arreglo y sujeción a las disposiciones de Policía que los reglamentan.

El artículo 95 de la Ley 153 de 1887, reformatorio del 2283 del C. Civil, dispone que "el juego y apuesta no producen acción ni excepción. El que gana no puede exigir el pago. Si el que pierde paga, tiene, en todo caso, acción para repetir lo pagado".

Y el artículo 2286 del Código Civil prescribe que "sin embargo, de lo dispuesto en el artículo 2283, producirán acción los juegos de fuerza o destreza corporal, como el de armas, carreras a pie o a caballo, pelota, bola y otros semejantes, con tal que en ellos no se contravenga a las leyes de Policía. En caso de contravención desechará el Juez la demanda en el todo".

El Código Civil se refiere al juego y a la apuesta como actos, no de simple diversión o esparcimiento, sino de especulación lucrativa; les asigna la naturaleza de contratos aleatorios y consagra el principio general de que estas convenciones no producen acción ni excepción, o sea que quien gana no puede exigir el pago, y quien pierde no está obligado a pagar, y si lo hace tiene derecho de repetir lo pagado. Cuando no se limitan a la mera distracción, la ley considera el juego y la apuesta como actos contrarios a las buenas costumbres, y los priva de eficacia jurídica por causa ilícita. Con todo, el mismo Código Civil consagra en el artículo 2286 una excepción a este principio general. Consiste la excepción en que los juegos de fuerza o destreza corporal sí producen obligaciones civiles y dan acción para exigir el pago, con tal que en ellos no se contravenga a las leyes de Policía.

La ley no explica lo que debe entenderse por contratos de juego y de apuesta, pero sí los clasifica en dos grupos principales. Los juegos y apuestas de un grupo no producen acción ni excepción, porque son actos de carácter ilícito. Los juegos del otro grupo engendran obligaciones civiles y confieren acción para exigir el cumplimiento de la prestación estipulada. A este segundo grupo se refiere el artículo 2286 del Código Civil, y, según los términos de este precepto, tal grupo se halla integrado por aquellos juegos en que el factor determinante del éxito radica en la fuerza o destreza corporal del jugador o jugadores. La misma disposición enuncia varios de estos juegos lícitos, tales como el manejo de las armas o tiro al blanco, las carreras a pie, a caballo o en bicicleta, el balompié, el tenis, el polo, la natación y otros similares. Si los juegos lícitos son aquellos en que predomina la fuerza o la habilidad corporal, hay que concluír que el grupo de los ilícitos está compuesto por aquellos otros juegos en que prevalece la suerte o el azar, o sea los juegos en que la contingencia de la ganancia o pérdida depende principalmente, no de la acción del jugador o jugadores, sino de la casualidad. Esta clase de juegos, llamados de suerte y azar, es la que no produce obligaciones civiles ni naturales por estimársela contraria a las buenas costumbres. Esto en principio, porque suele suceder que, por excepción, la ley les reconoce efectos jurídicos a ciertos juegos de suerte y azar, como ocurre con las loterías de beneficencia.

Conviene anotar que si bien el artículo 2286, citado, se refiere a los juegos y no a las apuestas, no hay razón que autorice para pensar que éstas son ilícitas en todo caso y que fueron excluídas

de esta prescripción. Aunque el criterio para distinguir los juegos en lícitos e ilícitos no se aviene con la naturaleza de las apuestas, hay que admitir que éstas pueden clasificarse también en ilícitas y lícitas, según que el juego o hecho que las motiva dependa principalmente o no del azar o de la suerte y que, por tanto, sean o no contrarias a las buenas costumbres, conforme a los principios generales. Por manera que la regla consagrada por este precepto, en relación con los juegos de fuerza o destreza corporal, conviene asimismo a las apuestas que no dependen de la casualidad. Así se infiere además del origen y propósitos de las disposiciones que regulan en común los efectos jurídicos de estos contratos de juego y de apuesta.

Conforme al mismo artículo 2286, las apuestas y los juegos lícitos producen obligaciones civiles cuando no contravienen a las leyes de Policía, esto es, cuando su funcionamiento se ajusta a las condiciones señaladas por los reglamentos de Policía. La eficacia jurídica de estos contratos está sujeta a la doble condición de no depender de la suerte o el azar, y de funcionar con arreglo a las normas de Policía. La ley les reconoce a estos juegos y apuestas la calidad de contratos, y defiere a los ordenamientos de Policía la regulación, no de su régimen jurídico, sino de las circunstancias en que pueden ser establecidos y funcionar. Esta deferencia a las leyes de Policía no priva al juego y a la apuesta de su naturaleza de contratos, ni por sí sola les imprime licitud y fuerza obligatoria, ni los convierte en meras órdenes o reglamentos de Policía; por el contrario, les refuerza su eficacia jurídica como tales contratos.

La sentencia sostiene que en el "Concurso del 5 y 6" hay una combinación de dos contratos que se perfeccionan en el momento en que cada sellador autorizado recibe los formularios, los sella, retiene el original y el duplicado con el valor de la apuesta, y devuelve el triplicado al apostador. Las dos convenciones, una de apuesta y otra de mandato, están allí reglamentadas y se celebran en forma de contratos de adhesión. El de apuesta se concierta entre todos los concursantes o apostadores, y no entre éstos y la empresa Hipódromo de Techo, y ofrece los caracteres de oneroso, mutuario y aleatorio. El recurrente afirma a su vez que las cláusulas reguladoras del citado Concurso son un mero reglamento de Policía, que los concursantes se someten a ellas en esa calidad de normas de Policía, que así lo prescribe el artículo 2286 del Código Civil, y que la sentencia infringe este precepto por falta de aplicación al considerar dicho Concurso como un contrato y no como el expresado reglamento de Policía.

Está dicho que la circunstancia de que la ley defiera a las normas de Policía la regulación del funcionamiento de los juegos y apuestas lícitos, no priva a estos contratos de su naturaleza de tales para convertirlos en meros actos o reglamentos de Policía. El artículo 2286, citado, somete estos contratos a los ordenamientos de Policía, no por desconocerles esa categoría de contratos, sino en salvaguardia de las buenas costumbres. De consiguiente, el fallo no viola este precepto, sino que por el contrario lo aplica correctamente al estimar que el Concurso del 5 y 6 constituye un contrato de apuesta mutua, y al reconocerle eficacia jurídica por funcionar precisamente con arreglo a las normas de Policía.

III. El demandante González hizo sellar su formulario y entregó el original y el duplicado del mismo con el respectivo valor de la apuesta; dichos original y duplicado fueron reseñados en la planilla del sellador, pero al momento del escrutinio no aparecieron en las oficinas del 5 y 6. Ellos se perdieron o extraviaron en poder de dicho sellador o de los empleados encargados de la confrontación.

La sentencia expresa que esa pérdida o extravío del original y del duplicado del formulario no se debió a un caso fortuito y que, por tanto, la sociedad "Hipódromo de Techo" no puede ser exonerada de cubrir el valor de la ganancia hecha por González, conforme a lo prescrito por el artículo 19 del reglamento del Concurso del 5 y 6. Agrega el fallo que este mismo reglamento impone a los selladores el deber de entregar oportunamente los originales y duplicados en las oficinas del 5 y 6, y que el incumplimiento de esta obligación no puede perjudicar a los concursantes, sino que es imputable a la entidad demandada como culpa *in eligendo* o culpa *in vigilando* respecto de dichos selladores.

El recurrente acusa la sentencia de violar el artículo 1604 del Código Civil a causa del error de hecho consistente en considerar que lo ocurrido con el formulario del demandante es el mismo caso que prevé el artículo 19 del reglamento del Concurso del 5 y 6 y no el regulado por la cláusula sexta, que en su parte pertinente dispone: "Los formularios del '5 y 6' no tendrán ningún valor si no llevan los sellos del control del 'Hipódromo de Techo S. A.', Fontibón, y el número de orden correspondiente al sellador autorizado, o si para el momento del escrutinio no están depositados en las urnas del '5 y 6' sus correspondientes originales y duplicados, consi-

derándose apócrifos aquellos que carezcan de tales requisitos''. El recurso considera que esta cláusula, entendida en armonía con el artículo 17 del mismo reglamento, exonera a la empresa de pagar el dividendo reclamado por el actor, debido a que el original y el duplicado del formulario no aparecieron en las urnas del 5 y 6 al practicar el escrutinio, y ello aunque el extravío o pérdida se hubiera debido a culpa del Hipódromo. Añade que esta culpa sólo daría lugar a una indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato. Al no estimar que lo sucedido al formulario de González fue el caso previsto en la cláusula sexta del reglamento, la sentencia incurrió en un error manifiesto de hecho que la condujo a quebrantar, por indebida aplicación, el artículo 1604 del Código Civil.

En el campo contractual el incumplimiento de una obligación por parte del deudor puede obedecer a uno de estos tres hechos: a caso fortuito, a dolo o a culpa del propio obligado. Si la inejecución se debe a caso fortuito, el deudor queda exonerado de la obligación, menos cuando dicho caso fortuito se ha producido por culpa o durante la mora del mismo deudor. Así lo estatuye el inciso segundo del expresado artículo 1604 del Código Civil.

El artículo 1616, *ibídem,* dispone que el incumplimiento doloso hace responsable al deudor de todos los perjuicios que sean consecuencia inmediata o directa de él, y que la inejecución culposa lo obliga a resarcir sólo los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato.

El mismo artículo 1604, citado, preceptúa que el deudor no responde sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza son útiles al acreedor; de la leve en las convenciones que benefician recíprocamente las partes, y de la levísima en los contratos que sólo aprovechan al propio deudor.

Estas reglas generales sobre la responsabilidad del deudor por incumplimiento de sus obligaciones, pueden ser modificadas en casos especiales, bien para agravar esa responsabilidad, ora para atenuarla, y aun para eximir de ella al mismo obligado cuando tal exoneración es lícita. Estas modificaciones excepcionales se producen unas veces por vía legal y otras por vía convencional, como lo expresa el inciso último del mentado artículo 1604 del Código Civil, al disponer que todo lo prescrito en éste ''se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes y de las estipulaciones expresas de las partes''.

En principio el caso fortuito libera de responsabilidad al deudor, como se ha dicho, pero las partes pueden estipular lo contrario, y en tal evento debe cumplirse lo pactado, aunque sobrevenga un caso de fuerza mayor. Así lo dispone el artículo 1732 del Código Civil. También la ley modifica este principio en ciertas situaciones, como ocurre con el comodatario, quien se hace responsable del caso fortuito en los supuestos previstos por el artículo 2203 del mismo Código Civil.

El artículo 1522, *ibídem,* prohibe condonar el dolo futuro, y el 1523 estatuye que hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes. Los contratantes no pueden pactar que el deudor no será responsable por el incumplimiento doloso de sus obligaciones, porque esta estipulación quedaría afectada de nulidad absoluta, no sólo por objeto ilícito, sino también por constituír una condición potestativa dependiente de la mera voluntad del obligado (C. C., 1535). Y lo que se dice del dolo es también aplicable a la culpa lata por estar equiparada a aquél (C. C., 63). Según esto, la responsabilidad del deudor por dolo o culpa grave no puede ser atenuada ni descartada por vía contractual. Así lo expresó ya la Corte en casación de nueve de diciembre de 1936 (XLIV-1918, 405), aunque vale anotar que no todos los doctrinantes comparten este concepto en cuanto concierne a la responsabilidad por culpa grave.

En relación con la responsabilidad del deudor por culpa leve o levísima que consagra el referido artículo 1604, ella es también susceptible de sufrir variaciones por disposición especial de la ley o por convenio expreso de las partes, como lo dispone el transcrito inciso último de esta misma disposición. Así, por ejemplo, el mandatario y el depositario en algunos casos responden de la culpa leve, según los artículos 2155 y 2247 del Código Civil, no obstante que sus gestiones se dirigen a beneficiar a sus respectivos acreedores. De igual modo y salvo disposición prohibitiva en contrario, las partes contratantes disfrutan de la facultad de agravar, limitar y aun eliminar esta responsabilidad del deudor mediante estipulación expresa consignada en la convención respectiva. Del ejercicio de este derecho provienen las cláusulas exonerativas de responsabilidad que no es raro hallar en algunos contratos, especialmente en los calificados de adhesión.

En esta materia cabe recordar asimismo que, como el dolo y el caso fortuito no se presumen, sino que deben ser comprobados (C. C., 1516 y 1604), el incumplimiento de una obligación es un hecho antijurídico que por sí mismo entraña una culpa del deudor. De aquí que se haya dicho

que ese incumplimiento constituye una presunción de culpa (LXXX-2155, 688), presunción legal que el deudor puede destruír acreditando su diligencia o cuidado o el caso fortuito.

La sentencia expresa que el formulario del demandante no llegó a las oficinas del 5 y 6, no por razón de un caso fortuito, sino porque la empresa "Hipódromo de Techo" no cumplió el deber que le incumbía de llevarlo a esas oficinas y lo dejó perder o extraviar, incurriendo así en una culpa que no la exonera de pagar el dividendo o ganancia obtenida mediante dicho formulario. El recurrente afirma por su lado que la cláusula sexta del reglamento, entendida en armonía con el artículo 17 del mismo estatuto, exonera a la sociedad demandada del pago del formulario, y que la sentencia incurrió en error manifiesto de hecho al no ver que lo sucedido a ese formulario fue el caso previsto en tal cláusula, error que produjo el quebranto del artículo 1604 del Código Civil.

La sobredicha cláusula sexta, como se ha visto, prescribe en lo pertinente que no tendrán valor los formularios cuyos originales y duplicados respectivos no se encuentren depositados en las urnas del 5 y 6 al momento del escrutinio, y el artículo 17 preceptúa que al sellar sus formularios "los apostadores se someten sin apelación al presente reglamento y al que rige las carreras de caballos".

Es evidente que lo acaecido al formulario del señor González fue el caso que contempla la cláusula sexta del reglamento del Concurso del 5 y 6 y no la hipótesis del caso fortuito que prevé el artículo 19, *ibídem*. La sentencia no ignoró este hecho, sino que por el contrario lo reconoció y tuvo en cuenta para expresar que la circunstancia de no haber llegado el formulario a las oficinas del 5 y 6 obedeció a culpa imputable a la empresa, y que, así las cosas, no es posible exonerar a la misma sociedad de la obligación de cubrir el valor de ese formulario. Por manera que el fallo no incurrió en el error de hecho que le atribuye el recurrente, ni menos en la violación del artículo 1604 del Código Civil. Otra cosa bien distinta es que haya considerado inaplicable en esta ocurrencia la sanción que consagra esa cláusula sexta, por las razones que luego serán analizadas.

IV. El artículo 1602 del Código Civil establece que "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por el consentimiento mutuo o por causas legales".

El recurso acusa la sentencia de violar, por falta de aplicación, la primera parte de este precepto, y por indebida aplicación la segunda parte de la misma norma, por no reconocerle valor contractual a la mentada cláusula sexta del reglamento del Concurso del 5 y 6, y por declarar que es inoponible al demandante.

El fallo dice que en el Concurso del 5 y 6 existen dos contratos de adhesión: uno de apuesta mutua entre todos los concursantes, y otro de mandato entre éstos y la sociedad "Hipódromo de Techo". Anota que, conforme a doctrina acogida por la Corte, en los contratos de adhesión hay dos tipos de cláusulas: unas esenciales y otras accesorias, que las primeras se refieren a los derechos y obligaciones entre las partes, y que las segundas son las que regulan el funcionamiento mecánico de la empresa o negocio. Con respaldo en estas ideas, afirma que es de carácter accesorio la cláusula que impone a los selladores autorizados por la sociedad demandada la obligación de hacer llegar oportunamente a las oficinas del 5 y 6 los originales y duplicados de los formularios sellados por ellos, y que el incumplimiento de tal obligación no puede redundar en perjuicio del apostador que se ha sujetado estrictamente al reglamento, ni relevar a la misma sociedad del deber de pagar el dividendo ganado por dicho apostador.

La cláusula sexta priva de valor a los formularios cuyos originales y duplicados no se hallan depositados en las urnas del 5 y 6 al momento del escrutinio que se realiza antes de iniciar las carreras válidas para el concurso. Es esta una estipulación que forma parte del contrato de apuesta, y que obliga y es oponible a todos los concursantes, sin duda alguna. Acontece, sin embargo, que no son éstos sino los selladores quienes tienen la misión de hacer llegar los originales y duplicados dichos a las oficinas del 5 y 6. Estos selladores son auxiliares y obran a nombre de la empresa "Hipódromo de Techo S. A.", al recibir los formularios con sus apuestas y al sellarlos, de manera que la inejecución por ellos del acto de hacer llegar esos formularios a las oficinas dichas constituye una culpa imputable a la misma empresa. La referida cláusula sexta no tiene ni puede tener el alcance de privar a los apostadores de las posibilidades de ganancia cuando sus formularios no llegan a las urnas del 5 y 6 por culpa de la sociedad o de sus selladores, esto es, por el incumplimiento de la obligación de llevar allí tales formularios. Lo contrario implicaría reconocerle a la empresa la potestad de decidir a su arbitrio cuáles formularios participan en el Concurso y cuáles

otros no, con el solo hecho de hacerlos depositar o no en las urnas mencionadas. Como esta facultad sería inadmisible por entrañar una condición potestativa dependiente de la mera voluntad de la empresa, fuerza es concluír que la sanción prescrita por la mentada cláusula sexta no puede tener aplicación cuando el no advenimiento de los formularios a las oficinas del 5 y 6 se debe, no a caso fortuito, sino a negligencia o descuido imputable a la propia empresa. Lo cual vale decir que, en este punto concreto, sólo el caso fortuito liberaría a la sociedad del pago de un formulario, y que la cláusula sexta no puede entenderse sino en concordancia con el artículo 19 del mismo reglamento del Concurso del 5 y 6.

Además de los requisitos necesarios a toda convención y de la presencia del principio de la buena fe, los contratos de juego y de apuesta se hallan sometidos a una regla que es inherente a su naturaleza aleatoria, y que consiste en la igualdad de probabilidades o de riesgos entre los contratantes. Ninguno de éstos puede quedar o ser colocado en posición de desventaja respecto de los otros, y es ilícito todo acto o convenio que aumente los riesgos de ganancia o pérdida en perjuicio de una parte y en ventaja de la otra. Esta regla quedaría rota si, en el Concurso del 5 y 6 y con fundamento en la cláusula sexta, se desconociese valor a los formularios que no llegaron a las urnas respectivas por dolo o culpa de la empresa, y se exonerara a ésta de la obligación de cubrir la ganancia obtenida por uno de estos formularios y aun de la responsabilidad consiguiente. Como tal desventaja sería inaceptable, no puede menos de concluírse que esa cláusula sexta no es oponible a los apostadores cuando la no llegada de sus formularios a las oficinas del 5 y 6 se debe a hecho culposo imputable a la sociedad "Hipódromo de Techo".

Esta es la misma conclusión a que llegó la sentencia acusada, y con ella no ha incurrido en quebranto del artículo 1602 del Código Civil, porque, si bien la cláusula sexta del reglamento es obligatoria para todos los concursantes, no tiene el alcance de exonerar a la empresa "Hipódromo de Techo" de sus obligaciones ni de su responsabilidad respecto del concursante ganancioso, cuyo formulario no llegó a las urnas del 5 y 6 por negligencia o descuido cometido por la propia empresa.

V. Como el original y el duplicado del formulario del demandante González no llegaron a las oficinas del 5 y 6, el Jefe del Concurso y el Inspector Distrital de Juegos lo excluyeron de participar en el mismo concurso. El recurrente sostiene que la anulación de tal formulario por orden del nombrado Inspector de Juegos constituyó para la sociedad demandada un caso fortuito que la exoneraba de pagar la suma ganada, y acusa la sentencia de infringir, por inaplicación, los artículos 1º de la Ley 95 de 1890 y 1604 del Código Civil, al no declarar liberada a la misma sociedad del pago del dividendo que cobra el actor, por razón de la pretendida fuerza mayor.

Cuatro son los elementos constitutivos del caso fortuito, a saber: la inimputabilidad, la imprevisibilidad, la irresistibilidad y la imposibilidad absoluta de cumplimiento. Consiste el primer factor, según los artículos 1604 y 1738 del Código Civil, en que el hecho o suceso que se invoca como caso fortuito no se haya producido por culpa del deudor o de las personas por quienes éste fuere responsable. La imprevisibilidad se funda en que el mismo suceso no haya podido ser racionalmente previsto. La irresistibilidad consiste en que haya sido absolutamente imposible evitar el hecho o suceso aludido, no obstante los medios o defensas empleados por el deudor para eludirlo. La imposibilidad radica en que tal hecho coloque al mismo deudor en situación absoluta de no poder cumplir la obligación respectiva. (LXXV-2129, 252).

En el caso presente la sobredicha decisión del Inspector de Juegos no reúne ninguno de estos elementos característicos del caso fortuito que libera al deudor de su obligación y de su responsabilidad. En efecto, esa resolución se produjo por culpa de la empresa, consistente en no haber hecho llegar el formulario a las urnas del 5 y 6. Lo cual significa que el supuesto hecho fortuito no ofrece el carácter de inimputable. Tampoco fue imprevisible ni irresistible para la empresa, porque ésta pudo prever y evitar esa misma decisión mediante el cumplimiento de su deber de hacer llegar el formulario del actor a las urnas mencionadas. Y mucho menos colocó esa providencia a la sociedad demandada en la imposibilidad absoluta de cubrir la ganancia obtenida por el demandante. Fuera de que el Inspector de Juegos es un funcionario de Policía, y sus decisiones desatan cuestiones de hecho, pero no de derecho, y no adquieren en asuntos jurídicos la modalidad de la cosa juzgada material.

Estas consideraciones demuestran que los cargos no pueden prosperar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administran-

do justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de cinco de abril de mil novecientos sesenta, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este juicio ordinario del señor Efraím del C. González contra la entidad denominada "Hipódromo de Techo S. A.".

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Arturo C. Posada, Enrique López de la Pava.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

POSESION

La inscripción de los instrumentos de adquisición en el Registro Público carece de significado posesorio. — Títulos registrados. — Testimonios sospechosos. — Autonomía del juzgador en la apreciación.

1. Según doctrina constante, no bastan los certificados del Registrador para probar la propiedad sobre los inmuebles cuya propiedad tuvieran quienes figuran como tradentes y adquirentes. Son los títulos registrados debidamente la prueba del dominio, y sólo en razón de esta prueba cobra valor el encadenamiento de aquéllos.

2. Lo preceptuado por el artículo 785 del Código Civil, según expone la Corte en casación de 27 de abril de 1955 (LXXX, 2153, 81), reproducida en el órgano de la Corte (t. XCII, 2221 y 2222, 29), no tiene sentido frente al sistema de posesión que consagra el Código Civil. La posesión material, única verdadera posesión, definida en el artículo 762 del Código Civil, y fuente de los diversos fenómenos posesorios, se adquiere sólo por la relación de hecho que se trabe entre el sujeto y la cosa, relación que depende únicamente de los actos físicos de goce y transformación ejecutados sobre ella, "con la voluntad de someterla al ejercicio del derecho real a que tales actos corresponden normalmente". De modo que la inscripción de los instrumentos de adquisición en el Registro Público, carece de significado posesorio, como lo ha dicho la Corte en varias casaciones, de manera particular en la antes citada.

3. Por referirse a simple sospecha de parcialidad las tachas que consagra el artículo 670 del Código Judicial, corresponde estimarla autónomamente al juzgador de instancia, de suerte que es incontrolable en el recurso extraordinario la conclusión a que llegue al respecto.

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

(Magistrado ponente: doctor José J. Gómez R.).

Juicio de Augusto Escobar Betancur contra Marina Agudelo de Díez.

Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, fechada el 16 de octubre de 1961.

Recurrente: el demandante.

I

Antecedentes.

1. Augusto Escobar Betancur pide se le declare propietario de un inmueble que consiste en un lote de terreno y la casa levantada en él, de material y tejas, con mejoras y anexidades, ubicado en el Municipio de Itagüí —Departamento de Antioquia—, actualmente poseído por la demandada Marina Agudelo de Díez; se ordene a ésta su restitución, así como los frutos producidos o que hayan podido producirse, desde cuando la demandada lo ocupó, y se le impongan las costas del juicio.

El inmueble está alinderado así:

"Por el frente, en diez y ocho varas, con la carretera que va hacia Caldas, llamada antes 'Calle Negro'; por un costado, en toda la extensión de aquel inmueble, con propiedad que

fue de Jorge de Bedout y con otra que fue de Santos Espinosa, hoy de sus herederos; por la parte de atrás con herederos de Ascensión Gómez, hoy de María Acosta de Escobar, y por el otro costado con una línea paralela a aquel otro costado, que viene a cerrar el rectángulo''.

2. Al oponerse la demandada desconociendo el derecho invocado por el actor, propuso estas excepciones: ''inoponibilidad de los contratos de venta o de los contratos de la misma índole sobre él celebrados, por ellos no poder alcanzar a la sociedad conyugal, por no haber sido parte en ninguno. Ineptitud sustantiva de la demanda, basada en la ilegitimidad sustantiva de la personería del demandado. Prescripción y la genérica''..

Denegó la sentencia de primer grado las peticiones del libelo, por considerar anterior la posesión de la demandada al título exhibido por el demandante. Y apelada aquélla por la parte vencida, la confirmó por la misma razón el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha 16 de octubre de 1961, del cual recurre en casación el mismo contendiente, quien lo fundó ante la Corte. El opositor no replicó a la demanda de casación.

II

La sentencia acusada.

Se basa en que el actor presentó, en apoyo de su demanda, la escritura registrada número 6109 de 2 de noviembre de 1958, de la Notaría Cuarta del Circuito de Medellín, escritura que contiene la venta del inmueble en referencia, hecha por Arturo Espinosa a Augusto Escobar Betancur; y agrega que el instrumento número 1234 de 6 de julio de 1956, de la Notaría Séptima del mismo Circuito, mediante la cual lo vendió Germán Díez Hurtado a José Miguel García González, no aparece que haya sido inscrita en el Registro Público, como tampoco fue allegada la de adquisición del inmueble por parte de Arturo Espinosa.

La posesión de la demandada, anterior al título del actor, la encuentra establecida por medio de algunas declaraciones de testigos, quienes sitúan el comienzo de la posesión unos veinte años antes.

III

La acusación de la sentencia.

Se impugna el fallo por violación indirecta de la ley sustantiva debido a apreciación errónea de unas pruebas y falta de estimación de otras.

A)

3. Se afirma que el sentenciador no apreció el certificado del Registrador del Circuito de Medellín (f. 7, C. 2º), en cuanto prueba que la escritura número 1234 de julio 6 de 1956 —Notaría Séptima del mismo Circuito— fue registrada el 1º de agosto siguiente. Esta escritura contiene la venta que del inmueble de la reivindicación hizo Germán Díez Hurtado a José Miguel García González, de modo que al aseverar la sentencia que este título no aparece inscrito en el Registro Público, lo desestimó aplicando lo dispuesto en el artículo 2673 del Código Civil. Y agrega:

''La escritura por la cual Arturo Espinosa adquirió el inmueble que le vendió a Augusto Escobar, es decir, el que éste reivindica, no fue allegada a los autos. No aparecen en la forma que indica la ley, los títulos de los antecesores en el dominio del señor Escobar; de ahí que el título que presenta no alcanza por sí solo a desvirtuar la presunción de posesión que tiene la señora Agudelo de D. sobre el inmueble materia de la restitución. De aquí que la titularidad en el dominio sólo empieza desde el año de 1958, esto es, muy posterior a la posesión de la demandada Agudelo''.

Se considera:

4. Ciertamente omitió la sentencia en el examen probatorio la atestación del Registrador sobre el hecho expresado, y habría error de hecho generador de la casación si no fuese que entre el citado instrumento número 1234 —julio 6 de 1956— y aquel por el cual adquirió el actor de Arturo Espinosa Acosta —número 6109, enero 9 de 1959— hay un vacío que las probanzas no llenan: la escritura número 1234 contiene la venta de Germán Díez a José Miguel García González, al paso que la número 6109 da cuenta de la que hizo Arturo Espinosa Acosta a Augusto Escobar Betancur, actor en la presente litis, de modo que el título por el cual adquirió Espinosa Acosta no aparece en el proceso.

Según el certificado del Registro, Espinosa Acosta adquirió del mismo Augusto Escobar Betancur, y éste del ya nombrado José Miguel García González, pero no figuran los títulos correspondientes, quedando aislado el eslabón de la transferencia de Germán Díez a García González, motivo por el cual la titulación del deman-

dante se reduce, tal como es el concepto del fallo, a la mencionada escritura número 6109 de 2 de octubre de 1958, de la Notaría Cuarta del Circuito de Medellín.

Es verdad que dicho certificado se refiere, al relatar la historia de la propiedad, a los eslabones intermedios, pero, según doctrina constante, no bastan los certificados del Registrador para probar la propiedad sobre los inmuebles cuya propiedad tuvieran quienes figuran como tradentes y adquirentes. Son los títulos registrados debidamente la prueba del dominio, y sólo en razón de esta prueba cobra valor el encadenamiento de aquéllos.

El cargo recurre, al parecer para salvar el vacío, a la declaración jurada de José Miguel García González, quien afirma que el inmueble le pertenecía a él, por haberlo comprado al marido de la señora Marina Agudelo de Díez, o sea Germán Díez, habiéndosela vendido luégo a Augusto Escobar Betancur, y se comprende que el cargo de no haber apreciado dicho testimonio —que formula la demanda de casación— carece de fundamento.

Por este aspecto no puede prosperar, en consecuencia, el planteamiento de la impugnación.

B)

5. La sentencia apoya el hecho de la posesión anterior al título del demandante, en los testimonios de Daniel Saldarriaga Jaramillo, Delio Vélez, Ignacio Villegas Osorio y Cristóbal Henao Villa, para quienes la demandada, desde unos veinte años atrás viene ejecutando en el terreno de que se trata, actos materiales como el de haber construído una casa, lo cual les consta a algunos de ellos por haber participado como obreros en la construcción de la misma y haber habitado en ella la demandada con su familia.

6. La demanda ante la Corte censura esta conclusión, examina los testimonios y agrega que "la mala apreciación de unas pruebas y el hecho de no haber apreciado otras condujo al honorable Tribunal a confirmar la sentencia del Juzgado Primero Civil del Circuito de Medellín"; pero no precisa —como es de rigor en este recurso— cuáles son las declaraciones que dejó de apreciar, y en cuanto a las estimadas erróneamente, no cita las disposiciones legales relativas a la tarifa de pruebas, cuya infracción acredite el yerro sufrido en la valoración de las mismas, y termina diciendo:

"El honorable Tribunal se apoya para su sentencia en la 'situación creada por la posesión material del inmueble de la referencia, por parte de la demandada...'. Pero como no apreció las pruebas o lo hizo mal, dejó de tener en cuenta el artículo 785 del Código Civil, que dice: 'Si la cosa es de aquellas cuya tradición debe hacerse por inscripción en el registro de instrumentos públicos, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio' ".

Este precepto, según expone la Corte en Casación de 27 de abril de 1955 (LXXX, 2153, 81), reproducida en el órgano de la Corte (t. 2221 y 2222, 29), no tiene sentido frente al sistema de posesión que consagra el Código Civil. La posesión *material*, única verdadera posesión, definida en el artículo 762 del Código Civil, y fuente de los diversos fenómenos posesorios, se adquiere sólo por la relación de hecho que se trabe entre el sujeto y la cosa, relación que depende únicamente de los actos físicos de goce y transformación ejecutados sobre ella, "con la voluntad de someterla al ejercicio del derecho real a que tales actos corresponden normalmente". De modo que la inscripción de los instrumentos de adquisición en el Registro Público carece de significado posesorio, como lo ha dicho la Corte en varias casaciones, de manera particular en la antes citada, y mal puede haber infringido la sentencia aquel texto por haber hallado establecida la posesión de la demandada con anterioridad a la fecha del título del demandante, con base en la construcción de una casa que luego ella ha habitado con su familia y también arrendado a otras personas.

7. No obstante, es justa la impugnación del recurrente, en lo que respecta al testimonio de Delio Vélez, ya que aparece trunco, y por ello sin firma alguna.

Pero, no la formulada a la de Cristóbal Henao Villa, quien dijo ser cuñado de la demandada, porque las tachas que consagra el artículo 670 del Código Judicial, por referirse a simple *sospecha* de parcialidad, corresponde estimarla autónomamente al juzgador de instancia, de suerte que es incontrolable en el recurso extraordinario la conclusión a que llegue al respecto.

Así que, puesto a un lado el testimonio de Delio Vélez, la estimación hecha por el sentenciador de los demás aducidos por la parte demandada, no es censurable por error de hecho y menos por error de derecho, como antes se expuso.

DECISION:

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha diez y seis (16) de octubre de mil novecientos sesenta y uno (1961), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio iniciado por Augusto Escobar Betancur contra Marina Agudelo de Díez.

Costas a cargo del recurrente.

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

Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SIMULACION, RESOLUCION O RESCISION

En tratándose de cualquiera de estas acciones, los herederos de quien contrató en vida están legitimados en causa para incoarlas. — Rescisión por lesión enorme. — Ejercicio de esta acción cuando sólo se ha vendido parte de la cosa.

1. Trátese de acción de simulación, de resolución o rescisión, los herederos de quien contrató en vida, están legitimados en causa para incoarlas, ya que haciendo tales acciones parte de la universalidad transmisible del causante, se fijan en cabeza de los sucesores universales, como los demás bienes. Basta, pues la vocación hereditaria de herederos forzosos, o simplemente legales o testamentarios, para que quien goce de ella tenga interés jurídico para ejercer las acciones que tenía su antecesor y pueda ejercitarlas en las mismas condiciones que éste podría hacerlo si viviera.

Si bien, con respecto a la simulación, tal interés puede responder a dos situaciones distintas: la del heredero forzoso, a quien el acto simulado ha inferido daño directo por sustracción de bienes llamados a participar en la integración de la correspondiente asignación (legítima, rigurosa o efectiva, mejoras, porción conyugal o alimentos); y la del heredero llamado por la ley, pero no de manera imperativa, e instituído por testamento, cuya vocación no se origina, por tanto, en el sistema legal que limita la libertad de testar.

Pero este distingo no toca sino con la facultad de probar la simulación que tiene el heredero: si forzoso, con libertad de medios; si legal o testamentario, no podrá hacerlo sino en la medida en que podría probar el de cujus, esto es mediante la contraestipulación, la confesión o un principio de prueba literal complementado con otros medios. Así aparece de la doctrina nacional, consagrada en casaciones de abril 5 de 1935 (XLI, 1895-bis, 256), junio 9 de 1947 (LXII, 2048-2049, 432), agosto 12 de 1948 (LXIV, 2064-2065, 705), junio 27 de 1955 (LXXX, 2154, 468) y junio 16 de 1959 (XC, 2211-2212, 644), doctrina que debe sostenerse por el apoyo jurídico en que descansa.

Rectifica por ello la Corte al sentenciador de instancia, cuyo fallo desconoce interés al heredero no forzoso para demandar la declaratoria de simulación o de resolución, o la rescisión por lesión enorme del acto o contrato celebrado por su antecesor, y aclara de tal manera algunas decisiones que no tienen la suficiente nitidez a este respecto.

2. El precepto del artículo 1951 del Código Civil no prevé sino la venta de la cosa, vale decir la totalidad y no una parte de ella. Mas consagrada la rescisión, en favor del vendedor, según el artículo 1947, cuando el precio que recibe es inferior a la mitad de su justo valor, es necesario interpretar los textos legales sobre esta materia de modo que la equidad que los inspira no se frustre por una nueva venta parcial, ni sufra tampoco por ello el interés de terceros, que ambos objetivos persigue el artículo 1951 al negar la rescisión cuando la cosa ha sido enajenada por el comprador. La solución, en consecuencia, se halla en respetar, de un lado, la enajenación de la parte, con las posibles implicaciones que tenga el principio rescisorio en cuanto al precio de dicha porción; y del otro en pronunciar la rescisión en lo que respecta a la no enajenada.

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

(Magistrado ponente: doctor José J. Gómez R.).

Juicios acumulados de José Tomás y Francisco Romero Turriago, como herederos de Eulalia Romero de Gutiérrez, contra Jesús y Primitivo Agudelo Romero; y de José Tomás y Francisco Romero Turriago contra Primitivo Gutiérrez, Jesús y Primitivo Agudelo Romero.

Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fechada el 10 de octubre de 1961.

Recurrentes: los actores.

I

Antecedentes.

1. El proceso fallado en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 10 de octubre de 1961, acumuló dos juicios:

a) El iniciado ante el Juez del Circuito de Cáqueza el 3 de octubre de 1956, de José Tomás y Francisco Romero Turriago, en su carácter de sucesores universales de Eulalia Romero de Gutiérrez, como hermanos legítimos de éste, contra Jesús y Primitivo Agudelo Romero, y

b) El promovido en el mismo Juzgado mediante demanda de mayo 12 de 1958, por los mismos José Tomás y Francisco Romero Turriago, en su indicada calidad, contra Primitivo Gutiérrez, Jesús y Primitivo Agudelo Romero.

Dejando aparte algunas inconsonancias entre los libelos iniciales, en ambos se demandó en sustancia, lo siguiente:

a) La declaración de simulación relativa del contrato de venta de dos inmuebles ubicados en jurisdicción del Municipio de Fómeque, celebrado entre Eulalia Romero de Gutiérrez, como vendedora, y Jesús Agudelo Romero, como comprador, contrato contenido en escritura pública número 434 de julio 6 de 1955, de la Notaría del Circuito de Fómeque;

b) La declaración de simulación de la venta que de parte de uno de los inmuebles referidos, hizo Jesús Agudelo Romero a Primitivo Agudelo Romero, mediante escritura pública número 601 de 28 de septiembre de 1955, de la misma Notaría, o de que la apariencia del contrato celebrado mediante la citada escritura número 434 afecta la venta de que da cuenta dicho instrumento número 601;

c) La declaración de pertenecer los bienes a la sucesión de Eulalia Romero de Gutiérrez, a la que deben ser restituídos, así como los frutos, considerados los demandados como poseedores de mala fe; y para el caso de negarse tal orden contra el demandado Primitivo Agudelo Romero, en relación con el terreno a él traspasado, según escritura número 601, por Jesús de los mismos apellidos, se condene a éste a pagar "los perjuicios equivalentes a la falta de restitución" de dicho inmueble y el valor de los frutos correspondientes al mismo;

d) Subsidiariamente, la rescisión por lesión enorme sufrida por la vendedora, en los referidos contratos, o sólo en el primero, con las prescripciones consecuenciales de tal declaratoria; y en subsidio de la rescisión, la resolución de la venta que consta en el instrumento número 434 de 6 de julio de 1955; y en caso de no despacharse las peticiones a favor de la sucesión de Eulalia Romero de Gutiérrez se hagan para la sociedad conyugal que la misma tuvo constituída con su esposo Primitivo Gutiérrez.

3. Los juicios fueron acumulados y fallados en primera instancia por medio de sentencia de 14 de julio de 1960, que declara rescindidos por lesión enorme "los contratos celebrados por escritura número 434 de julio 6 de 1955, de la Notaría del Circuito de Fómeque"; condena a Jesús Agudelo Romero a restituír a la sociedad conyugal de Eulalia Romero de Gutiérrez y Primitivo Gutiérrez, "representada por los actores, el inmueble relacionado en el numeral anterior y a que se refiere dicha escritura, libre de todo gravamen", y los frutos como poseedor de mala fe; prevé el desarrollo del expresado decreto de rescisión, declara no probadas las excepciones propuestas, y condena en costas, en parte a los actores, en cuanto las acciones no prosperaron contra Primitivo Agudelo Romero y Primitivo Gutiérrez, y en parte al demandado Jesús Agudelo Romero.

4. Ambas partes se alzaron contra esta sentencia para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. La de 10 de octubre de 1961 la revoca: niega las peticiones de la parte actora, absuelve a la demandada y condena a la primera a pagar las costas de primera instancia. Impugnado este fallo en casación por los actores, ambas partes contendientes han ejercido las facultades que la ley les reconoce en el trámite de este recurso.

II

La sentencia acusada.

5. El fundamento de esta providencia es la falta de interés jurídico en los demandantes para

ejercer las acciones incoadas, ya que con los traspasos gratuitos que hizo Eulalia Romero de Gutiérrez a Jesús Agudelo Romero, y éste a Primitivo Agudelo Romero, no fueron vulnerados intereses de que fueran titulares sus hermanos José Tomás y Francisco Romero Turriago —demandantes—, ya que dicho parentesco no está reconocido como generador de asignaciones forzosas.

La sentencia examina el fenómeno de la simulación a la luz de la jurisprudencia nacional, así como también la cuestión referente al interés jurídico, sin el cual no es posible el ejercicio de las acciones por parte de los herederos de quien celebró un contrato afectado de simulación, nulidad o rescisión por lesión enorme; y concluye que por la causa antedicha carecen de interés jurídico quienes promovieron los litigios, y, en consecuencia, absuelve a los demandados.

III

La acusación de la sentencia.

De los cargos formulados es procedente el tercero, en el cual se impugna la sentencia en cuanto deniega la rescisión por lesión enorme.

Se acusa el fallo por violación de los artículos 1946 y 1947 del Código Civil, por no haber decretado la rescisión solicitada, considerando que los actores carecen de interés jurídico para demandarla.

Se considera:

6. Trátese de acción de simulación, de resolución o rescisión, los herederos de quien contrató en vida, están legitimados en causa para incoarlas, ya que haciendo tales acciones parte de la universalidad transmisible del causante se fijan en cabeza de los sucesores universales, como los demás bienes. Basta, pues, la vocación hereditaria de herederos forzosos, o simplemente legales o testamentarios, para que quien goce de ella tenga interés jurídico para ejercer las acciones que tenía su antecesor y pueda ejercitarlas en las mismas condiciones que éste podría hacerlo si viviera.

Si bien, con respecto a la simulación, tal interés puede responder a dos situaciones distintas: la del heredero forzoso, a quien el acto simulado ha inferido daño directo por sustracción de bienes llamados a participar en la integración de la correspondiente asignación (legítima, rigurosa o efectiva, mejoras, porción conyugal o alimentos), y la del heredero llamado por la ley, pero no de manera imperativa o instituído por testamento, cuya vocación no se origina, por tanto, en el sistema legal que limita la libertad de testar.

Pero este distingo no toca sino con la facultad de probar la simulación que tiene el heredero: si forzoso, con libertad de medios; si legal o testamentario, no podrá hacerlo sino en la medida en que podría probar el *de cujus*, esto es mediante la contraestipulación, la confesión o un principio de prueba literal complementado con otros medios. Así aparece de la doctrina nacional, consagrada en casaciones de abril 5 de 1935 (XLI, 1895-bis, 256), junio 9 de 1947 (LXII, 2048 y 2049, 432), agosto 12 de 1948 (LXIV, 2064 y 2065, 705), junio 27 de 1955 (LXXX, 2154, 468) y junio 16 de 1959 (XC, 2211 y 2212, 644), doctrina que debe sostenerse por el apoyo jurídico en que descansa.

Rectifica por ello la Corte al sentenciador de instancia, cuyo fallo desconoce interés al heredero no forzoso para demandar la declaratoria de simulación o de resolución, o la rescisión por lesión enorme del acto o contrato celebrado por su antecesor, y aclara de tal manera algunas decisiones que no tienen la suficiente nitidez a este respecto.

7. En punto a rescisión por lesión enorme, los actores podían aprovechar los diferentes medios probatorios para establecerla, como habría podido hacerlo su causante. El ejercicio de esta acción no impone el criterio discriminatorio entre herederos de esta o aquella especie.

La sentencia, sin desconocer la objetividad procesal de la lesión, niega la súplica antedicha, invocando la carencia en los demandantes —no herederos forzosos de Eulalia Romero de Gutiérrez— interés jurídico para impetrarla.

Existente en el caso actual este interés, la lesión resulta de comparar la escritura número 434 de 8 de julio de 1955, de la Notaría del Circuito de Fómeque, con el concepto pericial rendido en la primera instancia, el cual habiendo sido objetado, quedó en firme por medio de providencia ejecutoriada: según el instrumento, el inmueble "La Esmeralda" fue vendido en cinco mil quinientos pesos ($ 5.500.00) y el llamado "El Pedregal" en diez mil pesos ($ 10.000.00); y de acuerdo con el concepto, valían en 8 de julio de 1955 veinte mil pesos ($ 20.000.00) y cincuenta y dos mil quinientos pesos ($ 52.500.00), respectivamente, lo que acusa de manera ostensible el desequilibrio contemplado en el artículo 1947 del Código Civil, constitutivo de lesión enorme para el vendedor.

Fueron, por tanto, infringidos el ya citado artículo 1947 y el 1946 de la misma obra, citados por la demanda de casación, lo que conduce a la infirmación del fallo.

IV

Sentencia de instancia.

8. Resta por saber la forma como opera la rescisión frente a la venta parcial que el 22 de septiembre de 1955 hizo Jesús Agudelo Romero a Primitivo, de los mismos apellidos, mediante escritura número 601 de la misma Notaría. Se trata de la venta de siete fanegadas de "El Pedregal", cuya área, según el mencionado dictamen de peritos, es de veintitrés (23) fanegadas, en la cantidad de cuatro mil pesos ($ 4.000.00), y cuyo justo valor determinan los mismos peritos, para la época del contrato, en $ 19.600.00.

El artículo 1951 del Código Civil dispone que no habrá lugar a la restitución si el comprador hubiere enajenado la cosa, salvo que haya recibido más de lo que había pagado por ella, pues en tal caso el primer vendedor podrá reclamar este exceso, pero sólo hasta concurrencia del justo valor *de la cosa,* con deducción de una décima parte. No prevé, pues, el precepto sino la venta de *la cosa,* vale decir la totalidad y no una parte de ella. Mas consagrada la rescisión, en favor del vendedor, según el artículo 1947, cuando el precio que recibe es inferior a la mitad de su justo valor, es necesario interpretar los textos legales sobre esta materia de modo que la equidad que los inspira no se frustre por una nueva venta parcial, ni sufra tampoco por ello el interés de terceros, que ambos objetivos persigue el artículo 1951 al negar la rescisión cuando la cosa ha sido enajenada por el comprador. La solución, en consecuencia, se halla en respetar, de un lado, la enajenación de la parte, con las posibles implicaciones que tenga el principio rescisorio en cuanto al precio de dicha porción; y del otro, en pronunciar la rescisión en lo que respecta a la no enajenada. Así se tiene en el caso presente:

En lo que atañe a "La Esmeralda", de cuatro y media fanegadas, la rescisión funciona plenamente, ya que comprada por $ 5.500.00, tenía entonces un valor, según el dictamen de los expertos, de $ 20.000.00.

En cuanto a "El Pedregal", de 23 fanegadas, fue comprado por Jesús Agudelo Romero en $ 10.000.00, y valía el 8 de julio de 1955, según la misma peritación, $ 52.500.00.

Jesús Agudelo Romero vendió siete fanegadas de "El Pedregal", el 22 de septiembre de 1955, a Primitivo Agudelo Romero, por la suma de $ 4.000.00. Las mismas fanegadas, a $ 434.78 cada una, fueron compradas por Jesús en $ 3.043.46, en relación con $ 10.000.00, precio total de las 23 fanegadas. Restada la suma de $ 3.043.46 de la de $ 4.000.00, en que las transfirió a Primitivo, aquél obtuvo una utilidad de $ 956.54, que no da margen a las operaciones que supone la rescisión sufrida por el vendedor, quedando de tal suerte lo recibido por Jesús, por tal concepto, fuera de la acción rescisoria.

Como Jesús Agudelo Romero retiene 16 fanegadas de la misma finca y el justo valor de ellas es de $ 32.900.00, ya que a las siete fanegadas del mismo inmueble los peritos les señalaron un valor de $ 19.600.00 sobre un total de $ 52.500.00, habiendo pagado el mismo a Eulalia Romero de Gutiérrez, por las dichas 16 fanegadas, la suma de $ 6.956.48, sobre un total de $ 10.000.00, queda un saldo de $ 25.943.52, que con deducción de una décima parte del justo valor de las mismas ($ 3.290.00), debería satisfacer si no consiente en la rescisión.

9. Se concreta así, por tanto, el desenlace del litigio: a) en lo correspondiente al terreno "La Esmeralda", que está en poder de Jesús Agudelo Romero, comprada por éste en $ 5.500.00 y avaluada por los peritos en $ 20.000.00, queda un saldo de $ 14.500.00, que deberá pagar a la sucesión para la cual piden los actores, deducida una décima parte ($ 2.000.00) del justo valor del bien, si no consiente en la rescisión; b) en lo referente a las 16 fanegadas del inmueble "El Pedregal", en este mismo evento el comprador deberá satisfacer la expresada suma de $ 25.943.52, menos una décima parte del justo valor de las 16 fanegadas de su pertenencia, y c) en lo tocante a las siete fanegadas vendidas por Jesús a Primitivo, la rescisión es inoperante contra el último, así como respecto al precio recibido, o sea el que se les fijó en la escritura número 601.

DECISION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fechada el diez (10) de octubre de mil novecientos sesenta y uno (1961), proferida en los juicios acumulados, el uno, de José Tomás y Francisco Romero Turriago, como here-

deros de Eulalia Romero de Gutiérrez, contra Jesús y Primitivo Agudelo Romero; y el otro, de los mismos demandantes contra los nombrados Agudelo Romero y Primitivo Gutiérrez, y como Tribunal de instancia,

RESUELVE:

Primero. Declárase que Eulalia Romero de Gutiérrez sufrió, como vendedora, lesión enorme en el contrato que celebró con Jesús Romero Agudelo, mediante escritura pública número cuatrocientos treinta y cuatro (434), otorgada el seis (6) de julio de mil novecientos cincuenta y cinco (1955) en la Notaría del Circuito de Fómeque, en lo que respecta al inmueble llamado "La Esmeralda" y parte del denominado "El Pedregal".

Segundo. A) El terreno "La Esmeralda" está situado en el paraje de "El Lavadero", del Municipio de Fómeque, y tiene la siguiente alinderación: "por el pie con la carretera, linda con tierras de la Parroquia de Fómeque, desde el mojón de piedra que se colocó en límites con el lote número tercero (3º) de Margarita Romero T., al pie de una cuchilla abajo de 'Las Casas', se sigue toda la carretera en dirección a Caracas, hasta encontrar el mojón de piedra que se colocó al pie de una mata de arrayán cerca a un volcán, lindando con el lote número quinto (5º) de Francisco Romero T.; por el otro costado con el lote del mismo Francisco Romero, desde el mojón que está en el arrayán, cerca al volcán, se sigue de frente hasta encontrar el mojón de piedra que se colocó en la orilla del camino de entrada a la finca; por cabecera linda con el lote número sexto de Tomás Romero T., desde el mojón últimamente citado, siguiendo en recta, hasta encontrar otro que se colocó en la orilla del mismo camino hacia arriba, un poquito en una hoyadita o revuelta del camino; de aquí se sigue en línea recta a encontrar el mojón de piedra que se colocó en una mesetica, y de aquí a otro que se colocó al pie de una mata de arrayán, cerca a la mana de agua; se vuelve a la zanja pasando por unas matas de zauza y una media chamba, a dar a una boca-chamba abajo de las casas, lindando en esta parte con tierras de Jesús Agudelo R.; de aquí, bajando por toda la cuchilla de la casa a encontrar la carretera, punto de partida, lindando en esta parte con el lote número tercero (3º) de Margarita Romero T.".

B) La parte del inmueble "El Pedregal" sujeta a la rescisión, tiene aproximadamente diez y seis (16) fanegadas de las veintitrés (23) que tenía el mencionado terreno en su totalidad, parte que retuvo Jesús Agudelo Romero al vender a Primitivo Agudelo Romero siete fanegadas del mismo fundo, aproximadamente, con el nombre de "La Esperanza", según escritura número seiscientos uno (601) de veintiocho (28) de septiembre de mil novecientos cincuenta y seis (1956), de la misma Notaría.

La determinación de la totalidad del inmueble "El Pedregal" es la siguiente: "partiendo de un mojón de piedra que está clavado en una boca-chamba en límites con propiedades de Alfredo Rincón y con de Pedro Pablo Velásquez y esposa, de aquí sube por la boca-chamba a encontrar un mojón de piedra que está clavado al pie de un aguaquín, en esta parte linda con propiedades de Pedro Pablo Velásquez y esposa; de aquí volviendo hacia la derecha a encontrar un mojón de piedra al pie de un árbol llamado 'salvio', separa chamba y resfaldo a encontrar un mojón de piedra que está al pie de un chilco en el resfaldo de la chamba de 'Los Varelas', por cabecera con tierras de los Varelas, separa chamba hasta encontrar tierras de Antonio Martínez, lo separa chamba a encontrar con el terreno de Cacaragay; y por el último costado con tierras de Francisco Romero T., con tierras que fueron de Eudoro Turriago, hoy de Verónica Turriago y Carlos Carrillo, con tierras que fueron de Jenara Romero, hoy de Alfredo Rincón hasta encontrar el primer lindero que sirvió como punto de partida".

La alinderación del lote vendido por Jesús Agudelo Romero a Primitivo Agudelo Romero, con un área aproximada de siete (7) fanegadas, según la mencionada escritura número seiscientos uno (601) antes citada, es la que sigue: "partiendo de un mojón de piedra que está clavado en una boca-chamba en límites con propiedades de Alfredo Rincón y con de Pedro Pablo Velásquez y esposa; de aquí sube por la boca-chamba a encontrar un mojón que está al pie de una mata de chilco, en esta parte linda con tierras de Ester y Eusebio Romero, los separa chamba; de aquí, volviendo a la izquierda, a encontrar un mojón de piedra que está clavado en un altico; de éste, siguiendo en recta, a encontrar un mojón de piedra que está clavado al pie de una mata de uvo, en esta parte linda con tierras del vendedor, separa una cerca de alambre; del mojón del uvo, bajando hasta encontrar tierras de herederos de Eudoro Turriago y tierras de Santiago Romero y de Alfredo Rincón, hasta encontrar el primer mojón que sirvió como punto de partida".

La rescisión se contrae, por tanto, en este punto al inmueble "El Pedregal", deducidas las siete fanegadas que vendió Jesús Agudelo Romero a Primitivo, de los mismos apellidos, de acuerdo con el instrumento número seiscientos uno (601) premencionado.

Tercero. Jesús Agudelo Romero podrá, a su arbitrio, dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria del auto de obedecimiento de la presente sentencia, consentir o no en la rescisión. Si no consintiere en ella cubrirá dentro de dicho término a los demandantes, como herederos de Eulalia Romero de Gutiérrez, las siguientes sumas: catorce mil quinientos pesos ($ 14.500.00), menos el diez por ciento ($ 2.000.00) del justo valor del inmueble "La Esmeralda", o sea doce mil quinientos pesos ($ 12.500.00); y la cantidad de veinticinco mil novecientos cuarenta y tres pesos treinta y dos centavos ($ 25.943.32) que representa el complemento del precio pagado por Jesús Agudelo Romero por las diez y seis (16) fanegadas del terreno "El Pedregal", menos un diez por ciento ($ 3.290.00) del justo valor de estas fanegadas, esto es, veintidós mil novecientos cuarenta y tres pesos treinta y dos centavos ($ 22.943.32). Sobre estas cantidades reconocerá Jesús Agudelo Romero a la nombrada sucesión el interés legal desde el ocho (8) de octubre de mil novecientos cincuenta y seis (1956), fecha de la notificación de la primera de las demandas acumuladas, hasta el día del pago.

Cuarto. Al transcurrir el lapso de treinta días señalado en el punto anterior, sin que Jesús Agudelo Romero hiciere uso de la opción de consentir en la rescisión del contrato o de mantenerlo, se entenderá que consiente en ella, y al cubrir los demandantes a Jesús Agudelo Romero las sumas de cinco mil quinientos pesos ($ 5.500.00) y diez mil pesos ($ 10.000.00), más los intereses legales desde el ocho (8) de octubre de mil novecientos cincuenta y seis (1956), Jesús Agudelo Romero restituirá a los actores Francisco Romero Turriago y José Tomás Romero Turriago, en su carácter de herederos de Eulalia Romero de Gutiérrez, el terreno "La Esmeralda" y la parte de diez y seis (16) fanegadas del inmueble "El Pedregal", a que se refiere el punto segundo de esta resolución, previamente purificados de hipotecas y otros derechos reales que el adquirente hubiere constituído sobre ellos en el tiempo intermedio, más los frutos producidos o que se hayan podido producir con mediana inteligencia y actividad, a partir de la fecha de la notificación de la primera de las demandas acumuladas, hasta el día de la restitución de los dichos terrenos.

Quinto. En lo que corresponda a prestaciones por mejoras y deterioros serán considerados los demandados como poseedores de buena fe.

Sexto. Los frutos y las demás prestaciones a que haya lugar, de acuerdo con la ley, serán regulados por el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial.

Séptimo. Sin costas en la casación.

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

Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

ADVERTENCIA

A más de los fallos anteriores, la Sala de Casación Civil, en los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1962, profirió también los que se relacionan a continuación, junto con los títulos de las materias jurídicas en ellos tratadas, y que no se publican en la Gaceta por falta de espacio.

Acción reivindicatoria. Carencia de la técnica propia del recurso de casación. Por sentencia de 5 de octubre de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el ordinario promovido por Ramona Rodríguez de Cortés y otros contra Gratiliano Rodríguez. Magistrado ponente: doctor José J. Gómez R.

Persona jurídica. Presupuesto procesal de demanda en forma. La Sucesión no es persona jurídica. El artículo 472 del Código Judicial no tiene carácter sustancial. Por sentencia de 10 de octubre de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el ordinario encaminado a obtener que se declaren ineficaces unos contratos, promovido por Enrique Urueta contra Jealous & Massot Inc. de Nueva York y otra. Magistrado ponente: doctor Enrique Coral Velasco.

Causal de incongruencia. En qué consiste. Casación. El artículo 34 de la Ley 63 de 1936 no tiene carácter sustancial. Técnica del cargo por violación de la ley. Requisitos que debe llenar la acusación por error de derecho. Por sentencia de 20 de octubre de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el ordinario sobre nulidad de la diligencia de inventarios y avalúos y de la partición efectuada en un juicio de sucesión, adelantado por José María Fernández Llinás y otros contra María Concepción Fernández viuda de Fernández. Magistrado ponente: doctor Enrique López de la Pava.

Interés para recurrir en casación. Costas. La absolución o condena a ellas en instancia no es materia de casación. Por providencia de 26 de octubre de 1962, no se admite el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Tunja en el ordinario encaminado a obtener la restitución de un predio, promovido por Briceida Rojas viuda de Rátiva contra Segundo Rátiva. Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón.

Errores de derecho y manifiesto de hecho. Tienen individualidad propia. Por sentencia de 27 de noviembre de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario reivindicatorio promovido por Luis Eduardo Medina contra Jaime Eduardo Medina y otros. Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez.

Filiación natural. Posesión notoria del estado de hijo. Por sentencia de 28 de noviembre de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario sobre filiación natural promovido por Rocío Osorio o María Evangelina Osorio contra Gabriel Luis Soria Amo y otro. Magistrado ponente: doctor José J. Gómez R.

Causal 2ª de casación. No requiere aditamento de infracción de la ley. El artículo 471 del Código Judicial no tiene carácter sustancial. Por sentencia de 30 de noviembre de 1962, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el ordinario de cuentas promovido por Luis Alejandro Rivera contra Jaime Peña Camacho. Magistrado ponente: doctor José J. Gómez R.

Discrecionalidad del sentenciador en la apreciación de la prueba testimonial e indiciaria. Error de hecho. Cuándo cabe amonestar al absolvente en posiciones. Por sentencia de 6 de diciembre de 1962, no se casa la proferida por el

Tribunal Superior de Cali en el ordinario sobre nulidad de un contrato de compraventa promovido por la sucesión de Luis Carlos Tafur contra Absalón Olaya. Magistrado ponente: doctor Enrique Coral Velasco.

Deficiencias técnicas en casación. Notificación o emplazamiento. Al actor en reivindicación corresponde velar porque al poseedor se notifique la demanda. Nulidad por falta de citación o emplazamiento. Legitimación para invocarla. Causal 1ª de casación. Condiciones cuando el juzgador encontró probados todos y cada uno de los elementos de la acción de dominio. En casación no se pueden involucrar las afirmaciones de nulidad, incongruencia y violación de la ley. Por sentencia de 6 de diciembre de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario reivindicatorio promovido por Ana Schwarz de Moreno contra Marcelino Villabona Jaimes. Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez.

Casación. Imposibilidad del recurso por falta de sentencia. Por providencia de 7 de diciembre de 1962, se abstiene la Corte de decidir el recurso de casación interpuesto contra la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el ordinario sobre indemnización de perjuicios morales y materiales causados por la muerte de un menor impúber en accidente, promovido por Rosana Alzate de Pérez contra Pompilio Palacio Mejía y otros. Megistrado ponente: doctor Enrique Coral Velasco.

Lesión enorme. Justo precio del inmueble a que debe atenerse el fallador en estas acciones. Peritos. Cuándo corresponde al Juez designarlos. Por sentencia de 10 de diciembre de 1962, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en el ordinario de lesión enorme promovido por el Presbítero Baldomero Becerra contra Patricio Torres. Magistrado ponente: doctor Enrique Coral Velasco.

Causal primera de casación. Diferencia fundamental entre los dos motivos de violación consagrados en la misma. En la acusación por violación directa, por indebida e interpretación errónea, debe expresarse de cuál de las tres infracciones se trata. Los artículos 665 a 667 del Código Judicial no tienen el carácter de normas sustantivas. Por sentencia de 11 de diciembre de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Buga en el ordinario sobre simulación de un contrato de compraventa promovido por Dolores Ospina viuda de Gallego contra Elena Góngora viuda de Gallego. Magistrado ponente: doctor Arturo C. Posada.

SALA DE CASACION PENAL

Los extractos correspondientes a esta Sala fueron elaborados por el Relator Judicial Auxiliar, señor Diego E. Cristancho.

TECNICA DEL RECURSO DE CASACION. — ORDINALES 2º Y 5º DEL ARTICULO 567 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

1. La invocación de la causal de casación prevista en el ordinal 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal obliga el examen de los elementos de juicio que obran en el proceso, en orden a que ese es el único medio de que puede valerse el demandante para demostrar, como lo requiere la técnica del recurso, que en el fallo, materia de la impugnación, se incurrió, en realidad, en grave error al apreciarlo.

2. En relación con la prosperidad de la causal quinta ha dicho la Corte: "Para que un fallo se invalide por medio de la causal quinta es indispensable que en la sentencia acusada no se determinen en ninguna forma los hechos que dieron origen a la investigación, cuáles se establecieron como probados y cuál fue el autor, para luego deducirle la responsabilidad".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, primero de septiembre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres).

Vistos:

Se procede a resolver el recurso de casación propuesto contra la sentencia del 25 de agosto del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales condenó al señor Leonidas Cardona Giraldo, como responsable del delito de homicidio en el señor Oliverio Grisales López, a la pena de "treinta y dos meses de presidio" y correspondientes accesorias.

Hechos y actuación:

En la tarde del 3 de julio de 1960 los señores Oliverio Grisales y Benjamín Arias se entregaron a ingerir licor dentro de la cantina de la señora Silvia Jaramillo López, ubicada en el Corregimiento de Guarinocito, perteneciente al Municipio de La Dorada, y en un momento dado, ya ambos en estado de beodez, el primero, seguido del segundo, en el propósito de cubrir la cuenta de la bebida, se acercó al mostrador, donde se encontraba el señor Leonidas Cardona, y como allí Arias le preguntara si necesitaba dinero para el objetivo indicado, le contestó que lo que deseaba era pelear, manifestación que

hizo para en seguida maniobrar con las manos de manera que golpeó en las narices al citado Cardona, el cual rápidamente extrajo del bolsillo una navaja y con ella le causó heridas de tan extrema gravedad que esa misma tarde determinaron su muerte en el Hospital de Honda, a donde alcanzó a ser trasladado en busca de auxilio médico.

De estos hechos en que perdió la vida el señor Oliverio Grisales conoció el Juzgado 1º Superior de Manizales, el que con arreglo a los trámites del Decreto 0012 de 1959, mediante sentencia del 15 de noviembre de 1960, absolvió al autor de ellos, señor Leonidas Cardona, fallo que el Tribunal Superior de la misma ciudad revocó en el suyo del 25 de agosto del año pasado, para en su lugar condenar al procesado, por razón de aquella muerte, entendida como constitutiva del delito de homicidio, a la pena de "treinta y dos meses de presidio" y accesorias correspondientes.

Demanda de casación:

En la demanda, formulada con arreglo a las exigencias legales, el recurrente, señor Leonidas Cardona, por conducto de su apoderado, invoca las causales de casación previstas en los ordinales 2º y 5º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, la primera de las cuales, luego de que afirma que en el fallo acusado, "por errada interpretación o apreciación de los hechos", apenas se reconoció a favor del procesado "un estado de ira e intenso dolor, causado por grave e injusta provocación", cuando en verdad de ellos se desprende "una clarísima legítima defensa personal", se ensaya fundamentar conforme a lo siguiente:

En primer término, se formula la aserción de que el Tribunal, "para llegar a su conclusión", aunque "aduce razones de derecho", en el fondo "lo que hace es negar a los hechos el valor probatorio que tienen como elementos justificantes de la conducta del procesado"; en seguida se reproduce una jurisprudencia de la Corte respecto a la pertinencia de la causal 2ª, cuando se alega en casación la legítima defensa; luego se transcriben algunos apartes del fallo impugnado, así como también un corto párrafo del concepto fiscal de la primera instancia; y, por último, se comenta la legítima defensa a través de los elementos que la integran, pretendiéndose que cada uno de ellos, respecto del procesado Cardona Giraldo, se encuentra comprobado, parecer que se deja al amparo de una simple afirmación. Esos comentarios, en torno a la figura en cuestión, concluyen así:

"La ley no exige que el ataque sea grave, mas el que padeció mi poderdante sí lo fue. A puños se puede matar —las crónicas judiciales lo confirman—, o causar serias deformidades físicas o perturbaciones funcionales. El estrago real en la salud de Cardona lo constataron los médicos, mas, al momento de los hechos, podía presumirse sin imprevisión, un mayor daño, por el carácter alarmante de la sangre que se le escapaba, pues al recibir el golpe 'le salió el chorro de sangre'.

"Subjetivamente no hubo ningún exceso. La sola conmoción proveniente de un golpe de esa naturaleza, véase dictamen de folio 23, le quita todo carácter intencional o culposo a lo desmesurado del contraataque. Pero, ¿qué desproporción puede haber en recurrir a una navaja para repeler la agresión de un hombre joven, fuerte, tan peligroso que hasta a uno de sus hermanos había atacado con arma blanca, que manoteaba las mesas tumbando botellas, y que lo acometía después de lanzar el desafío, que por impersonal era para todos los presentes, de que quería pelear?".

Con apoyo en la causal 5ª el recurrente sostiene que en la sentencia acusada "no se expresa clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados".

Concepto del señor Procurador:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, con base en un estudio de la demanda, vinculado estrechamente a las dos causales invocadas, solicita se deseche el recurso. La Sala se ocupará de las razones de su colaborador a medida que lo vaya encontrando oportuno.

Se considera:

La invocación de la causal de casación prevista en el ordinal 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, obliga el examen de los elementos de juicio que obran en el proceso, en orden a que ese es el único medio de que puede valerse el demandante para demostrar, como lo requiere la técnica del recurso, que en el fallo materia de la impugnación, se incurrió, en realidad, en grave error al apreciarlos.

En el caso de que se trata ningún estudio se hizo en torno a los hechos y pruebas del expediente, y en esta suerte el planteamiento de la citada causal se dejó en la esfera de los simples enunciados, circunstancia que la anota el señor

Procurador, con el debido acierto y propiedad, así:

"El pensamiento del opositor está claramente subrayado y esquematizado en los párrafos anteriores. Propiamente hablando, y tal como se echa de ver en la demanda, cargos claros contra la sentencia no formula el impugnador. Hace, ciertamente, una serie de reflexiones y consideraciones de tipo jurídico y con criterio puramente personal, destinadas a sacar adelante su tesis de que la corporación juzgadora de 2ª instancia erró gravemente al darle a las probanzas traídas al expediente una interpretación errada y al concederles un valor probatorio que no tienen.

"El estudio exhaustivo de toda la prueba que obra en autos, y que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se requiere para la demostración de la causal 2ª, debe declararse que no fue realizado por el acusador. Girando alrededor de un estrecho círculo —el comentario sobre la legítima defensa que arguye al servicio de su cliente—, olvida el examen de la prueba, para el caso, casi toda testimonial, y llega a conclusiones sin real asidero dentro del expediente".

Por lo demás, cabe observar, respecto de esa legítima defensa que se trata de proponer, al margen de cualquier esfuerzo demostrativo, que ella carece del más mínimo asidero procesal y se descarta con el solo hecho de tener en cuenta que Cardona Giraldo causó la muerte de Grisales López por medio de violentos navajazos, a virtud de que éste, en razón de su avanzado estado de beodez, le golpeó las narices, al parecer en acto involuntario.

La causal 2ª, en los términos examinados, no puede prosperar.

La otra causal, como sucede con la que se acaba de estudiar, tampoco puede prosperar, puesto que, como lo ha dicho la Corte, "para que un fallo se invalide por medio de la causal 5ª es indispensable que en la sentencia acusada no se determinen en ninguna forma los hechos que dieron origen a la investigación, cuáles se establecieron como probados y cuál fue el autor, para luego deducirle responsabilidad".

El fallo acusado, como se puede apreciar con el simple hecho de leerlo, no se encuentra dentro de las condiciones que supone el recurrente, sino que se acomoda a las exigencias que proclama la doctrina que se transcribe, reiterada a través de múltiples jurisprudencias.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *desecha* el recurso de casación interpuesto contra la sentencia materia de estudio en esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León, Secretario.

DELITO DE FALSO TESTIMONIO

Errada interpretación de los hechos o indebida apreciación de los elementos probatorios aportados al proceso.

El proceso presenta aspectos que relievan el poco cuidado que puso el Tribunal en la apreciación y valoración del recaudo probatorio, pues convirtió en pruebas contra el procesado elementos de juicio que apenas servían para incriminar a otros sindicados en el falso testimonio, confundiendo la acción delictuosa de ese hecho con el delito per se o independiente que configura el típico caso del soborno o cohecho de testigos con una cooperación delictuosa que aquella infracción está lejos de admitir. Se dice lo anterior porque el Código Penal contiene una forma específica de disciplinar dicho soborno, como delito autónomo, de simple acción, independientemente de que la oferta o promesa hecha para deponer falsamente por el tercero, la cumpla o no el instigado, lo que excluye, en rigor lógico, como lo ha dicho la Corte, "el hecho de que su autor pueda caer en la órbita de la complicidad con respecto al delito de falso testimonio en que incurra el sobornado, movido por la promesa o la oferta", que es el caso del artículo 194 del Código Sustantivo Penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, septiembre primero de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Angel Martín Vásquez A.).

Vistos:

Contra la sentencia del 1º de septiembre de 1961, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, que condenó a Félix Antonio Vargas Cardona a la pena principal de dos años de presidio y a las accesorias correspondientes, con aplicación del artículo 191 del Código Sustantivo Penal como responsable del delito de falso testimonio, el procesado, por conducto de su defensor, doctor Carlos de la Cuesta Betancourt, interpuso en tiempo oportuno el recurso extraordinario de casación, que la Corte entra a resolver porque están completos los requisitos legales que tal recurso implica.

Hechos:

Están resumidos correctamente dentro de las constancias procesales en la siguiente relación:

En esta comprensión judicial (se refiere al Municipio de Salamina) hay una vereda llamada "Maciegal", y allí, en las primeras horas de la noche del día 19 de junio de 1959, fue violentamente muerto el señor Marco Fidel Ocampo Rodas a tiros de escopeta y revólver.

Como cerca del lugar en donde cayó el cadáver del infortunado Ocampo Rodas vivían Félix Antonio Vargas Cardona y su familia, de los cuales merecen especial mención sus hijos Angel Ricardo, Darío, Libardo, Aristóbulo y Félix Antonio Vargas Bedoya, y su yerno Joaquín Buitrago, y como éstos eran enemigos jurados de Ocampo, a dicha familia Vargas el funcionario instructor sindicó, y con muy buen acierto desde el principio, de la muerte del infortunado campesino.

A todos los llamó a rendir indagatoria, y a algunos de ellos los detuvo preventivamente; pero luego el Juez competente no encontró motivo para prolongar la detención y los excarceló.

Sin embargo, unos diez días después de la muerte de Marco Fidel Ocampo se presentó a declarar un trabajador de los Vargas, llamado Gustavo Valencia Castrillón, y obrando acorde

con las declaraciones de sus patronos, manifestó que él y los señores Vargas, todos, al momento de la muerte de Ocampo, se encontraban efectivamente en la casa de "Maciegal", y que no quisieron salir afuera porque los familiares del occiso se encontraban muy enojados.

Pero tres días después el mismo Valencia Castrillón se presentó nuevamente a declarar y manifestó al funcionario instructor que su declaración anterior (la de 28 de junio) había sido falsa, porque en realidad de verdad él no había estado en la noche del 19 de junio anterior en la vereda de "Maciegal", en la casa de sus patronos Vargas, sino en la vereda de "Fontibón", a sesenta cuadras de distancia de la anterior, en finca de los mismos Vargas, y que, por lo tanto, no se había dado cuenta esa noche de la muerte de Ocampo Rodas. En cuanto al motivo que tuvo para declarar falsamente, manifestó que lo había hecho por insinuación, solicitud y consejo de Félix Antonio Vargas Cardona y su hijo Angel Ricardo Vargas, el último de los cuales, además, le había ofrecido la suma de cincuenta pesos como premio por su perjurio.

Se comprobó dentro del juicio por homicidio que efectivamente Gustavo Valencia Castrillón, la noche de la muerte de Ocampo Rodas, no había estado en la vereda de "Maciegal", sino en la de Fontibón, y establecido así en forma el perjurio, se ordenó investigar esta infracción, y este fue entonces el origen de este proceso. (Versión tomada del fallo de primera instancia).

Demanda:

El impugnador invoca la causal segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto el honorable Tribunal Superior de Manizales, en su sentencia, erró en la interpretación y apreciación de los hechos al atribuírle a uno de ellos el valor probatorio que no tiene, siendo elemento determinante de la responsabilidad.

Argumenta afirmando que el acusador de los comprometidos en el falso testimonio, y autor de este delito, por el cual fue sentenciado y condenado, Gustavo Valencia Castrillón, en su segundo testimonio rendido en el proceso por homicidio en la persona de Marco Fidel Ocampo Rodas, con fecha 1º de julio de 1959, que se ha tomado como una especie de retractación del primero dentro del mismo proceso, señaló al señor Ricardo Vargas como la persona que le propuso diera la declaración de tres días antes, o sea el 28 de junio del mismo año, prometiéndole la suma de cincuenta pesos si así lo hacía, promesa que no le cumplió, a pesar de lo cual en su indagatoria agrega al nombre de Ricardo Vargas el del padre de éste, señor Félix Antonio Vargas Cardona, recurrente en casación.

Transcribe en seguida la parte pertinente del único párrafo que sirvió al Tribunal para tener a Félix Antonio Vargas Cardona como responsable de falso testimonio, y de conformidad con esta transcripción deduce que de acuerdo con ella el Tribunal hace "dos afirmaciones a manera de consecuencias del pobre estudio" contenido en tal sentencia, que son las siguientes:

"a) 'No cabe duda' —como son sus palabras— que Valencia dentro del proceso adelantado por la muerte de Marco Fidel Ocampo, declaró falsamente, bajo juramento, y

"b) 'No cabe duda' que Valencia para declarar falsamente fue inducido por Félix Antonio y Ricardo Vargas, mediante promesa de pagarle cincuenta pesos".

Luego dice el demandante: "Lo que el Tribunal Superior olvidó en su sentencia fue precisamente que si 'no cabe duda' de que Valencia declaró en dicho proceso una falsedad, *sí existe duda* de que esa falsa declaración la hubiere rendido inducido por la promesa de pagarle, por parte de los Vargas, la mínima suma de cincuenta pesos. De esta afirmación no existe prueba ninguna en el proceso. Pero se podrá decir que es prueba de ello la afirmación que sobre el hecho hace Valencia. Moralmente Valencia es un sujeto despreciable, porque nada menos puede ser un ciudadano que es capaz de presentarse ante la autoridad, y en nombre de Dios y poniéndolo a El como testigo, afirma hechos falsos nada más que porque se le ha ofrecido, no dado siquiera, sino ofrecido, la mínima suma de cincuenta pesos. Su dicho, pues, no ofrece, no puede ofrecer jamás, 'serios motivos de credibilidad' ".

Seguidamente el recurrente insinúa que fueron personas distintas de los Vargas los que ofrecieron dinero a Valencia Castrillón para que rindiera su testimonio del primero de julio, pues la personalidad del acusado Vargas Cardona, y sus admirables antecedentes de todo orden, no permiten suponer una incriminación de tal índole.

Finaliza diciendo "que al dicho del señor Valencia, el Tribunal Superior en su sentencia, por errada interpretación y apreciación, le dio un valor probatorio que no tiene. Valencia dice que fue inducido a declarar falsamente porque se le ofreció dar cincuenta pesos. Nadie declara constarle este ofrecimiento. No existe sobre ello nada

distinto al dicho de Valencia. Sin embargo, el honorable Tribunal Superior dio a esta afirmación, sobre la cual dice, 'no cabe duda', el valor probatorio de plena prueba, siendo que su dicho es tan sospechoso, puesto que no hay razón para creer a un sujeto que ya ha mentido una vez bajo la gravedad del juramento. Al elevar este dicho de Valencia a la categoría de prueba completa, el honorable Tribunal Superior, en su sentencia, le ha dado un valor probatorio que no tiene, por errada interpretación y apreciación de él".

Concepto del Ministerio Público.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal hace un completo y detenido análisis de la demanda y de los hechos que la motivan para terminar solicitando de la Corte que como "las violaciones de la ley que indica el señor abogado demandante son, pues, manifiestas y su acusación fundamental", debe invalidarse la sentencia que ha sido materia del recurso de casación, y en su lugar se absuelva al procesado recurrente, señor Félix Antonio Vargas Cardona.

La Sala en su debida oportunidad hará referencia muy explícita a las argumentaciones de su distinguido colaborador, en cuanto ello sea pertinente.

Se considera:

El problema por resolver se concreta en si la prueba de cargo que el Tribunal tuvo en cuenta para condenar a Félix Antonio Vargas Cardona por falso testimonio (cohecho de testigo en su verdadera acepción jurídica), reúne las exigencias legales para tal finalidad, ya que invocada la causal segunda *por errada interpretación de los hechos o indebida apreciación de los elementos probatorios* aportados al proceso, el recurso extraordinario interpuesto es susceptible de prosperar, si tal extremo se demuestra.

El proceso presenta aspectos que relievan el poco cuidado que puso el Tribunal en la apreciación y valoración del recaudo probatorio, pues convirtió en pruebas contra el procesado elementos de juicio que apenas servían para incriminar a otros sindicados en el falso testimonio, confundiendo la acción delictuosa de ese hecho con el delito *per se* o independiente que configura el típico caso del soborno o cohecho de testigos con una cooperación delictuosa que aquella infracción está lejos de admitir. Se dice lo anterior porque el Código Penal contiene una forma específica de disciplinar dicho soborno, como delito autónomo, de simple acción, independientemente de que la oferta o promesa hecha para deponer falsamente por el tercero, la cumpla o no el instigado, lo que excluye, en rigor lógico, como lo ha dicho la Corte, "el hecho de que su autor pueda caer en la órbita de la complicidad con respecto al delito de falso testimonio en que incurra el sobornado, movido por la promesa o la oferta", que es el caso del artículo 194 del Código Sustantivo Penal.

En efecto, Valencia Castrillón rindió dos testimonios en un proceso por homicidio. En el segundo se desdijo de lo afirmado y aseverado en el primero, dando como explicación de que había obrado así porque le fue ofrecida la suma de $ 50.00 para que depusiese en el sentido en que lo hizo inicialmente. De aquí sugió el cargo de cohecho de testigo contra Ricardo Vargas y su padre Félix Antonio, y ello trajo como consecuencia que se iniciara la correspondiente investigación, que culminó con la sentencia condenatoria por el delito genérico de falso testimonio contra Valencia Castrillón, como autor material del hecho, y contra Ricardo Vargas y su padre Félix Antonio, como autores intelectuales en el sentido de copartícipes en la infracción que equivocadamente dio al ilícito el Tribunal sentenciador.

Unicamente contienen los autos como prueba de responsabilidad contra el recurrente el testimonio de Valencia Castrillón, que si fuera corroborado por otras pruebas colaterales, al menos imperfectas o circunstanciales, bien podría darse la virtualidad suficiente para establecer el cargo, tenida en cuenta la índole del tipo delictuoso que le fue atribuída al procesado, desde luego que es obvio que el cohecho por sus mismas características es una infracción cuya prueba tiene que ser, por lo menos inicialmente, suministrada por quien hizo parte en esa conjura de indudable gravedad para los intereses de la justicia.

Si lo afirmado por Valencia Castrillón tuviera fuerza bastante para inducir a certeza, no podría ponerse en duda la responsabilidad del incriminado recurrente. Mas es lo cierto que ese testimonio ofrèce fundados motivos para dudar de su credibilidad, si por ésta se entiende el grado de certeza que por la índole personal del testigo, por sus condiciones morales e intelectuales, por su seguridad y fidelidad, etc., otorgan a la consideración del funcionario que lo aprecia como elemento de convicción legal moral en un determinado proceso penal.

El único testimonio de cargo, el del tántas veces mencionado Valencia Castrillón, primero acu-

sa de cohecho a Ricardo Vargas, afirmando concretamente que le ofreció la suma de cincuenta pesos ($ 50.00) para que depusiera en el sentido en que lo hizo, promesa que no cumplió. Esto mismo hace suponer un motivo psicológico, de no pequeña importancia, para explicar por qué se retractó de lo dicho en su primera declaración.

Luego, en su indagatoria, viéndose envuelto en un proceso penal, el que cabe suponer no esperaba, por su actitud francamente antisocial de declarar dos veces en distinto sentido, envuelve en su acusación a Félix Antonio Vargas Cardona, propietario de la finca en cuyos predios trabajaba, sin dar explicación alguna valedera de por qué extendía su imputación a persona distinta de la que antes había señalado como la que lo indujo o aconsejó a rendir su primer testimonio.

No es improcedente, al llegar a este punto, destacar lo que con base en los memoriales suscritos por el propio Valencia Castrillón, con el pase de rigor del Director de la cárcel respectiva, que obran de folios 85 a 90 del cuaderno principal, lo que anota alguno de los apoderados que intervinieron en el proceso en favor del procesado Vargas, porque ello corresponde a la realidad objetiva que se desprende de los autos. Dice así:

"Ahora resulta en los alegatos presentados por él (se refiere a Valencia Castrillón) un hecho completamente nuevo, que hace que a dicho testigo no se le pueda dar ninguna credibilidad en sus aseveraciones, pues parece que su ignorancia no le ha permitido saber, lo que sabe el más sencillo de nuestros campesinos, cómo es la gravedad del juramento. Ahora dice que dizque la Policía, revólver en mano, le hizo dar una declaración falsa. ¿Sería posible, señor Juez, saber en cuál de todas sus afirmaciones es donde Valencia dice la verdad? Esto es imposible. Su irresponsabilidad lo lleva a complicar personas honorables dentro de las redes de un sumario, sin sentir por ello escrúpulo alguno". (Fl. 91 del informativo).

Llama también la atención en este proceso el por qué los encargados de investigar el hecho no le preguntan a Valencia Castrillón la razón de este cambio de actitud, sino que se limitan a practicar una diligencia extraña en los métodos de investigación, y hacen comparecer en rueda de presos (fl. 64) a un hijo del procesado Vargas, que lleva el mismo nombre de su progenitor, para que diga si entre los que componen esa rueda de presos se encuentra la persona que le ofreció dinero para declarar falsamente, con el resultado de que en la curiosa diligencia la respuesta es negativa, como tenía que serlo, pues el acusador se había referido concretamente al padre de Ricardo Vargas y no a su hermano Félix Antonio.

Lo usual y correcto hubiera sido concretar al testigo para que indicara el nombre del que sindicaba de cohecho en compañía de Ricardo, señalando de manera precisa a qué persona se refería, con sus nombres y apellidos, que bien conocía por ser peón de ellos y vivir en la casa de la finca "Fontibón", de propiedad del señor Vargas Cardona, donde dice se encontraba en la noche en que se dio muerte a Ocampo Rodas, en compañía de su esposa y de un cuñado cuando rectificó lo afirmado en el primer testimonio, en el cual aseveró encontrarse en la casa de la familia Vargas, situada en el paraje "Maciegal".

Cabe destacar, porque es un hecho importante, que este paraje queda sólo a una distancia de sesenta y dos y media cuadras de la fracción de "Fontibón", y que el tiempo que se puede gastar en el recorrido entre una y otra por una persona a pie es de media hora, según se colige de la diligencia pericial que obra a folios 48 del cuaderno 1º. Y cabe la observación porque el cuñado de Valencia, Arcesio Montoya, en declaración que no se distingue precisamente por su nitidez y claridad, al igual que otras rendidas al efecto por el mismo testigo, afirma que la noche de la muerte de Ocampo Rodas pasó por la casa de su cuñado Valencia y allí vio a éste, sin que se atreva a aseverar, como lo hace el propio Valencia, que se encontrara departiendo con Montoya y su esposa en dicha ocasión.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal transcribe en su concepto todos los distintos testimonios de Montoya, para confrontarlos con los de Valencia, y no duda en afirmar que de ese cotejo puede colegirse la contradicción entre unas y otras afirmaciones, que ponen de relieve la ninguna consistencia de la prueba testimonial en orden a establecer que Valencia sí se encontraba en su casa de habitación en lugar de estar en la de los Vargas, como lo afirma en su primer testimonio, rendido con ocasión del homicidio imputado a estos últimos.

El señor Agente del Ministerio Público consigna estas observaciones muy pertinentes:

"De modo, pues, que solamente en este negocio es que Valencia Castrillón le hace cargos a Félix Antonio Vargas Cardona y a otro de los hijos de éste, de nombre también Félix Antonio, y lo hace de manera confusa y enredada, que pretende aclarar con ocasión de la diligencia de reconocimiento en rueda de presos al folio 64, ibídem, donde circunscribe el cargo relativo al

ofrecimiento de dinero, a Félix Antonio, el padre, a quien da el tratamiento de 'don', y exime de esa oferta o promesa a Félix Antonio, el hijo, pero sin librarlo de las demás insinuaciones o propuestas que asegura que el último le hiciera en compañía de su padre y de su hermano Angel Ricardo.

"Sin embargo, esta situación de Félix Antonio, hijo, no fue considerada en el proceso.

"Las imputaciones que hace Valencia Castrillón a los Vargas, Félix Antonio (padre) y Angel Ricardo, fueron negadas por éstos, como aparece al folio 66 y 68 (indagatoria), en los careos, durante los cuales cada uno de los enfrentados sostuvo sus afirmaciones, siendo sí que Valencia Castrillón, al folio 120, acusa únicamente a Vargas Cardona del ofrecimiento de dinero, y al folio 122, a Vargas Bedoya exclusivamente.

"En cuanto a las afirmaciones de Valencia Castrillón, hechas en el sentido de no hallarse en la casa de don Félix Antonio Vargas Cardona, en momentos en que en sus vecindades fue asesinado el señor Ocampo Rodas, lo cual comprueba con los testimonios de su mujer y de su cuñado, debe tenerse en cuenta que todos los familiares de Vargas, sin excepción alguna, afirman lo contrario. Basta para ello leer las declaraciones de Félix Antonio Vargas (fl. 10), rectificada y aclarada en el careo del folio 126; de Félix Antonio Vargas Bedoya (fl. 12), también rectificada y aclarada en el cargo del folio 128; de Darío Vargas Bedoya (fl. 27) corroborada y ratificada en el careo del folio 124; de Blanca Cecilia Castaño (fl. 30); Laura Rosa Bedoya de Vargas (fl. 31), y Libardo Vargas Bedoya (fl. 33).

"A su vez, obsérvese que Cenelia Montoya de Valencia, esposa de Valencia Castrillón, dice que su esposo y ella, es decir, 'nosotros permanecimos allí en Fontibón ese viernes a esas horas en adelante en compañía del señor Arcesio Montoya hasta el otro día', y que 'mi esposo ese viernes por la tarde estaba era en Fontibón, en mi casa, en compañía de mi persona y de mi hermano Arcesio Montoya' ".

Concluye la Procuraduría que en cuanto a las acusaciones de Valencia de última hora, contra el señor Félix Antonio Vargas Cardona, "bien puede afirmarse que, en igualdad ante la ley, las palabras de uno y otro valen lo mismo, observación ésta que hace únicamente con el fin de establecer un principio equidistante de duda que debe aplicarse a favor del procesado.

"Faltando, pues, la prueba plena o completa de la responsabilidad del procesado recurrente, mal hizo el honorable Tribunal en dar tal valor a las deficientes afirmaciones del autor, quien se acusa a sí mismo de un falso testimonio que, dice, le fue sugerido por otro bajo promesa de pago, a la cual no se dio cumplimiento".

Prospera, en consecuencia, la causal segunda invocada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, *invalida* el fallo recurrido, y en su lugar *absuelve* a Félix Antonio Vargas Cardona del cargo que se le imputó en este proceso.

Como aparece de autos que dicho señor se encuentra detenido, líbrese la correspondiente orden de libertad incondicional, siempre que contra él no exista detención por otro u otros delitos o que sea requerido por alguna otra autoridad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO CON CARACTERISTICAS DE ASESINATO Y ROBO. — INTERPRETACION DEL VEREDICTO

Invocación de las causales 4ª, 3ª y 1ª de casación penal.

Al procesado se lo llamó a juicio como responsable de un concurso de dos delitos: el de homicidio con características de asesinato y el de robo.

De acuerdo con el auto de proceder y con lo ordenado en el artículo 502 del Código de Procedimiento Penal, se le propusieron al primer jurado que intervino en la causa dos cuestionarios separados, así: el primero se refirió al delito de homicidio, y en él se señalaron expresamente las circunstancias que le dan a este delito las características de asesinato, por haber sido cometido "con premeditación, acompañada de motivos innobles o bajos y para consumar el delito de robo"; a este cuestionario contestó el jurado en forma negativa, y la respuesta dada por el juri a esta primera cuestión fue la que el Juzgado, con la confirmación del Tribunal, declaró contraevidente; el segundo cuestionario propuesto, y que el jurado contestó afirmativamente, se refirió al delito de robo. La respuesta dada a esta cuestión, por el primer jurado, quedó en firme, pues respecto a ella no hubo declaratoria de contraevidencia. Por lo tanto, lo lógico y razonable era que al segundo jurado únicamente se le propusiera la cuestión relativa al homicidio que fue la que los Jueces de instancia invalidaron por considerarla contraria a la evidencia de los hechos procesales; la respuesta afirmativa dada por el segundo jurado respecto al delito de homicidio era definitiva, y ella, junto con la decisión adoptada por el primer jurado respecto al delito de robo, era la que debía servir, como en efecto sirvió de fundamento a la sentencia recurrida. Hubiera sido, por lo tanto, un verdadero contrasentido que al segundo jurado se le hubiera propuesto nuevamente una cuestión que ya había sido decidida en forma definitiva y en firme por el primer jurado, o que la respuesta dada por este jurado respecto al delito de robo se hubiera declarado contraevidente, siendo que ella tenía suficiente respaldo en los hechos del proceso, como con toda claridad se dejó analizado en el auto de proceder. En consecuencia, la contraevidencia no podía referirse, como no se refirió, a la parte del veredicto del primer jurado en cuanto aceptó la responsabilidad del procesado respecto al delito de robo.

Además, no es exacto que en el cuestionario que se propuso al segundo jurado para que definiera la responsabilidad del reo con relación al delito de homicidio se hubiera omitido hacer referencia al de robo, pues expresamente se hizo mención a este ilícito al preguntársele a dicho jurado si el homicidio lo cometió el acusado "para consumar el delito de robo", ya que una de las notas que en este caso le dan el carácter de asesinato al homicidio fue que sirvió de medio para facilitar el robo.

Por lo tanto, el presupuesto en que el actor apoya su argumentación fundamental consiste en que el veredicto proferido por el primer jurado es totalmente nulo, por haber sido declarado, en parte, contrario a la evidencia de los hechos, pugna con la realidad procesal, y carece, en consecuencia, de todo fundamento razonable y legal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, septiembre doce de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo).

V i s t o s:

Cumplida la tramitación legal correspondiente, procede la Sala a decidir el recurso extraordinario de casación propuesto por el reo Alcides Orlando Ospina Rivillas contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, de fecha cuatro de agosto de mil novecientos sesenta y uno, por la cual confirmó en todas sus partes la de primer grado dictada por el Juez Segundo Superior de la misma ciudad, que condenó al recurrente Ospina Rivillas, a la pena principal de diez y siete años de presidio y a las accesorias de rigor, como responsable de los delitos de homicidio —asesinato— y robo consumados en perjuicio de Octavio García o Moreno.

Hechos y actuación procesal.

El Tribunal Superior resume el hecho que dio origen al proceso, en los términos siguientes:

"Como chofer trabajaba Octavio García o Moreno en una hacienda denominada 'El Bohío', situada en Dosquebradas, del Municipio de Santa Rosa de Cabal, y su labor primordial consistía en llevar hasta Pereira la leche que se producía en la finca; recibir el valor de la venta de tal artículo, y entregarlo luego a su patrón, Hernando Jaramillo Arrubla. Cuando el chofer García, entre las ocho y las nueve de la noche del 1º de agosto de 1957, regresaba a la casa de la hacienda después de haber cumplido las labores del día, poco antes de llegar a su destino fue asaltado por un sujeto quien, dentro de la propia cabina del vehículo, le propinó dos puñaladas mortales que lo dejaron muerto en el acto, fuera de que allí mismo se le despojó de una apreciable suma de dinero que portaba.

"Indudablemente fue afortunada la investigación de este doble crimen, perpetrado en un paraje solitario y al amparo de la noche, pues se logró compilar una serie de graves indicios de indiscutible mérito, que, sin sombra de duda, vinieron a señalar al ordeñador de la hacienda, Alcides Orlando Ospina Rivillas, como el único y directo autor material de tales ilícitos, demostrados igualmente en su aspecto material".

El Juez Segundo Superior de Manizales, a quien le correspondió el conocimiento del negocio, por auto del 19 de noviembre de 1958 (fls. 91 a 107), profirió llamamiento a juicio contra el procesado Ospina Rivillas por los delitos de homicidio (asesinato) y robo. La anterior providencia fue apelada y confirmada por el Tribunal Superior de Manizales, por auto del 3 de abril de 1959 (fls. 117 a 124).

Confirmado y en firme el auto de enjuiciamiento contra el procesado Ospina Rivillas, cumplido el trámite correspondiente y previo el sorteo de jurados, se celebró la primera audiencia pública en este proceso, el 13 de octubre de 1960.

En dicha audiencia se sometieron a los jueces de conciencia los siguientes cuestionarios:

"¿El procesado Alcides Orlando Ospina Rivillas, de las condiciones civiles y personales conocidas en el expediente, es responsable de haberle causado la muerte al señor Octavio García o Moreno García, por medio de heridas inferidas con arma corto-punzante (cuchillo), con intención de matar, con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y para consumar el delito de robo, hecho que tuvo lugar de nueve a nueve y media de la noche del primero (1º) de agosto de mil novecientos cincuenta y siete (1957), en la carretera que del punto denominado 'Balalaika' conduce a la hacienda 'El Bohío', cerca a un pasonivel del ferrocarril, en jurisdicción del Corregimiento de Dosquebradas, Municipio de Santa Rosa de Cabal, perteneciente a este Distrito Judicial?".

"¿El procesado Alcides Orlando Ospina Rivillas, de las condiciones civiles y personales conocidas en el expediente, es responsable de haberse apropiado de una suma de dinero que fluctuaba entre cuatrocientos y cuatrocientos veinte pesos ($ 400.00 a 420.00) moneda corriente, que portaba el señor Octavio García o Moreno García, y después de darle muerte a éste, hecho que tuvo lugar de nueve a nueve y media de la noche del primero (1º) de agosto de mil novecientos cincuenta y siete (1957), en la carretera que del punto denominado 'Balalaika' conduce a la hacienda 'El Bohío' y cerca a un pasonivel del ferrocarril, en jurisdicción del Corregimiento de Dosquebradas, Municipio de Santa Rosa de Cabal, perteneciente a este Distrito Judicial?".

A los cuestionarios anteriores dieron los jurados las respuestas siguientes:

Para el homicidio: "no es responsable".

Para el delito de robo: "sí es responsable, pero únicamente por el robo".

Por lo tanto, el primer jurado que intervino en este juicio, se pronunció afirmativamente con respecto a la responsabilidad penal de Ospina Rivillas únicamente en relación con el delito de robo, y negó la autoría del mismo en el delito de homicidio.

El Juez Segundo Superior, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 537 del Có-

digo de Procedimiento Penal, al estudiar el veredicto, llegó a la conclusión que la respuesta dada por el juri, con respecto al delito de homicidio (''No es responsable''), era contraria a la evidencia de los hechos procesales, pero no la respuesta en relación al delito de robo. En consecuencia, el *a quo,* en providencia del 21 de octubre de 1960, en que se estudió nuevamente la prueba de cargo contra el sindicado Ospina Rivillas, resolvió lo siguiente:

''1º Se declara contraevidente el veredicto rendido por el Jurado en cuanto declaró que el procesado Alcides Orlando Ospina Rivillas 'No es responsable' del delito de homicidio agravado en la persona de Octavio García o Moreno García.

''2º En firme esta providencia, se convocará un nuevo jurado que decida en definitiva la situación del procesado por dicho delito.

''3º En tanto que esta decisión se conozca, se suspende el pronunciamiento del fallo en lo que hace relación con el veredicto por el delito de robo, que se acoge''.

El *ad quem* al revisar, en virtud de apelación, la decisión sobre contraevidencia del veredicto proferido por el Juzgado 2º Superior, la confirmó en todas sus partes por medio del proveído del 16 de diciembre de 1960 (fls. 166 a 170).

En cumplimiento de lo resuelto en la providencia en que se declaró la contraevidencia del veredicto, únicamente en relación con el delito de homicidio, se sorteó y convocó un segundo jurado, y se verificó una nueva audiencia, en la que se sometió a los jueces de conciencia el único cuestionario siguiente:

''¿El procesado Alcides Orlando Ospina Rivillas, de las condiciones civiles y personales conocidas en el expediente, es responsable de haberle causado la muerte al señor Octavio García o Moreno por medio de heridas inferidas con arma corto-punzante (cuchillo), con intención de matar, con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y para consumar el delito de robo, hecho que tuvo lugar de nueve a nueve y media de la noche del primero (1º) de agosto de mil novecientos cincuenta y siete (1957), en la carretera que del punto denominado 'Balalaika' conduce a la hacienda 'El Bohío', cerca a un paso-nivel del ferrocarril, en jurisdicción del Corregimiento de Dosquebradas, Municipio de Santa Rosa de Cabal, perteneciente a este Distrito Judicial?''.

La respuesta dada al anterior cuestionario fue:

''Sí es responsable'', por mayoría de votos.

El Juzgado del conocimiento, en desarrollo de las decisiones dadas por los dos jurados que intervinieron en el proceso, en relación con los delitos atribuídos al procesado Ospina Rivillas, dictó la sentencia de primer grado, el 8 de abril de 1961, la que fue confirmada, en todas sus partes, por el Tribunal de Manizales, en el fallo que ha sido recurrido en casación.

La demanda de casación.

El abogado Carlos E. Camacho E., con poder del reo Ospina Rivillas, oportunamente formuló la demanda de casación, en la que se invocan, en su orden, las causales 4ª, 3ª y 1ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, seguidas de las respectivas solicitudes de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 570, ibídem.

Causal cuarta. Con invocación de esta causal y con el propósito de fundamentarla, el actor afirma que en el presente caso se ha incurrido en una nulidad supralegal, por cuanto la sentencia acusada se dictó con el quebrantamiento de lo dispuesto en el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal, que ordena que el fallo se debe dictar de acuerdo con la calificación que dé el jurado a los hechos del proceso sobre los cuales haya versado el debate. De lo anterior concluye que se quebrantó el artículo 26 de la Constitución, y que, por lo tanto, es procedente la causal 4ª de casación, que tiene lugar ''cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad''.

El demandante resume este motivo de impugnación así:

''Impugno la sentencia del honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales que condenó a Orlando Ospina Rivillas por el delito de robo, delito que no fue sometido a la consideración de los Jueces de Conciencia convocados por segunda vez para definir su situación jurídica. Por tal motivo afirmo que al procesado se le juzgó y condenó en la segunda Audiencia por la comisión de un delito sin el debido pronunciamiento del Tribunal Popular por el delito de robo.

''El segundo jurado afirmó la responsabilidad de Orlando Ospina Rivillas por el delito de homicidio, y el señor Juez de derecho y el Tribunal Superior han debido condenarlo únicamente por este delito, en razón de que se omitió la inclusión del cuestionario en lo atinente al delito de robo. Por tal motivo se violó el sistema procesal a que todo procesado tiene derecho, es

decir, que en su juzgamiento se observen todas las formalidades propias del juicio, y se quebrantó el derecho de defensa, en razón de que se le condenó por el delito de robo, sin que hubiera tenido oportunidad de defenderse en la segunda Audiencia, sencillamente por no haber versado el debate sobre este delito. La sentencia del Tribunal le dio vida jurídica a una veredicción sobre la que pesaba la acción de nulidad en razón de la contraevidencia decretada por el Tribunal. Si el veredicto es declarado nulo, por lógica jurídica no puede tener consecuencias jurídicas en el futuro del juicio para que un pronunciamiento sea tomado en cuenta, o sumado al segundo pronunciamiento para agravar la situación jurídica del procesado. Por tal motivo se quebrantó el artículo 3º del Código Penal, que trata de la ley permisiva o favorable que se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable''.

Causal tercera. La segunda causal que se invoca en la demanda es la señalada en el ordinal tercero del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que dispone: ''Hay lugar a casación: cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o en desacuerdo con el veredicto del jurado''.

En orden a fundamentar la causal tercera y con el propósito de demostrar el cargo que con invocación de ella se propone, el actor expone lo que sigue:

''Al segundo jurado convocado por el señor Juez de la causa para juzgar al señor Orlando Ospina Rivillas, se le propuso un cuestionario en el que se le interrogaba únicamente por el delito de homicidio cometido en la persona del señor Octavio García. El jurado contestó el cuestionario afirmativamente, pero el señor Juez de derecho condenó al procesado por el homicidio cuestionado y también por el delito de robo, siendo que por este delito no se le había interrogado al jurado.

''Dice la sentencia recurrida:

'' 'De manera que, de acuerdo con el artículo 363 del Código Penal, le corresponde un mínimo de quince años de presidio, por razón del homicidio agravado, que es el más grave; mínimo éste que discrecionalmente aumentó el Juez en dos años (2), por determinación del artículo 33 de la misma obra, y por concepto del delito 'Del robo'. Es decir, que la sanción principal impuesta fue la de diez y siete (17) años de presidio, sanción que se considera correctamente deducida, como también son correctas y aceptables las accesorias' ''.

''Si al Jurado se le interrogó por el homicidio agravado y sobre tal cuestión fue el pronunciamiento, para que la sentencia esté en perfecto acuerdo con el veredicto del jurado, es necesario que el Tribunal le hubiera impuesto al procesado la pena de 15 años de presidio por el homicidio cuestionado, pero como también se le condenó por el delito de robo, de conformidad con el artículo 33 del Código Penal, ello implica que la sentencia no está de acuerdo con el veredicto del jurado, ya que éste se pronunció únicamente sobre el delito de homicidio, y sobre el cual sí fue expresamente interrogado. Por manera que la sentencia debería de haberse dictado únicamente por el delito de homicidio únicamente. Al condenársele también por el delito de robo, sin el previo pronunciamiento del segundo jurado, la sentencia que se dictó se puso en desacuerdo con el veredicto del jurado, que, como ya se dijo, se pronunció únicamente por el delito de homicidio''.

Causal primera. Para fundamentar esta causal, que es la última que invoca en su demanda, el actor hace de los argumentos que expone al respecto la síntesis siguiente:

''Impugno la sentencia recurrida en razón de que el honorable Tribunal Superior le dio vida a un pronunciamiento del primer jurado que en forma parcial había condenado al señor Ospina Rivillas por el delito de robo y absolviéndolo por el delito de homicidio, sin tener en cuenta que una contraevidencia tiene su equivalencia jurídica a una nulidad, y un juicio que esté bajo esta sanción no tiene ninguna consecuencia jurídica para la futura decisión del segundo jurado. En resumen: el Tribunal Superior no podía sumar el pronunciamiento desfavorable del primer jurado al del segundo, y con base en él, dictar sentencia condenatoria en contra del procesado. Por errónea interpretación de las normas sustantivas se le dio indebida aplicación al artículo 2º de la Ley 4ª de 1943, en armonía con lo dispuesto en el artículo 33 del Código Penal lo que le vino a traer como consecuencia desfavorable al procesado una fijación de pena de 17 años de presidio, dosimetría que no tiene fundamento en la realidad procesal''.

Concepto de la Procuraduría.

El señor Procurador Segundo, Delegado en lo Penal, a quien le correspondió llevar la voz del Ministerio Público en el recurso de casación propuesto en este juicio, después de hacer un estudio de la demanda, así como de la actuación procesal

y de los cargos con los que el actor pretende demostrar las causales invocadas, hace una réplica acertada y precisa de cada uno de estos cargos, para demostrar, como en efecto lo hace, con toda propiedad, que éstos carecen de completa eficacia. Como consecuencia de sus réplicas, el señor colaborador Fiscal concluye por solicitar que no se case la sentencia recurrida. En su oportunidad la Sala se ocupará de los argumentos con que el señor Procurador Delegado en lo Penal, rebate los cargos propuestos en la demanda de casación.

Estudio del recurso.

Como fácilmente se deduce del estudio que se ha hecho de la demanda de casación, el argumento capital con el que el demandante pretende fundamentar y demostrar las tres causales que invoca, y alrededor del cual giran las críticas que hace a la sentencia recurrida, puede resumirse así:

Que en la sentencia acusada se condenó al reo Ospina Rivillas por los delitos de homicidio (asesinato) y robo, sin que al segundo jurado se le hubiera propuesto, y por tanto, sin que este jurado se hubiera pronunciado respecto a este último delito, y que el veredicto proferido por el primer jurado es totalmente nulo y sin validez, por cuanto fue declarado contrario a la evidencia de los hechos procesales. Este solo motivo de impugnación es el que utiliza el recurrente, proponiéndolo en diversa forma, para alegar que: la sentencia recurrida se dictó en un juicio viciado de nulidad supralegal, por violación del artículo 480 del Código de Procedimiento Penal (causal cuarta); que dicha sentencia está en desacuerdo con el segundo veredicto (causal tercera), y que en el fallo acusado se le dio indebida aplicación al artículo 2º de la Ley 4ª de 1943, en armonía con lo dispuesto en el artículo 33 del Código Penal (causal primera).

Causal cuarta. El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, al dar respuesta a la demanda de Casación, refuta de modo claro y con todo rigor lógico el cargo con que el demandante pretende fundamentar la causal cuarta y del que se sirve para demostrar los otros motivos de impugnación, en la forma siguiente:

"a) El artículo 502 del estatuto procesal penal dice:

" 'Cuando sean varios los delitos por los cuales se hubiere llamado a juicio a un mismo procesado, se formularán separadamente los cuestionarios sobre cada uno de ellos, como si se tratara de acusados distintos. Cuando el delito sea el mismo y varios los sindicados también se propondrán separadamente los cuestionarios respecto de cada uno de ellos' ".

"Y el artículo 537 del mismo Código expresa:

" 'Si de autos apareciere que el veredicto es claramente contrario a la evidencia de los hechos, así lo declarará el Juez y consultará su decisión con el Tribunal Superior' ".

" 'Si el Tribunal Superior confirmare la resolución del Juez, éste convocará inmediatamente un nuevo jurado' ".

" 'El veredicto del segundo jurado es definitivo' ".

" 'Si el auto del Juez no fue confirmado se ordenará devolver el expediente para que se dicte sentencia de acuerdo con el veredicto' ".

"Idéntica facultad para declarar la contraevidencia del veredicto le está concedida al Tribunal *ad quem,* al tenor del artículo 554, ibídem.

"Existe otra norma de estudio obligado en el caso *sub judice,* y es la contenida en el artículo *480 del Código de Procedimiento Penal,* cuyo texto dice:

" 'En los procesos cuya competencia concierne a los Jueces Superiores, la audiencia pública, salvo disposiciones en contrario, se hará con la intervención del Jurado, y *la sentencia se hará de acuerdo con la calificación que éste dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate' ".* (La Procuraduría subrayó).

"Del estudio armónico de los anteriores preceptos se concluye que el Juez de derecho obra conforme a la ley cuando formula separadamente los cuestionarios relativos a diversos delitos que se atribuyen a un mismo o a varios procesados. Esto significa, además, que el veredicto del jurado es la unidad que se compone de las diversas declaraciones que hagan los jueces del pueblo sobre cada uno de los hechos criminosos cometidos a su decisión, cuando son varios los delitos imputados al reo. Ahora bien: la contraevidencia del veredicto en relación a los hechos del proceso puede tener lugar ya sobre la totalidad de los eventos criminosos materia del debate, o bien sobre uno o varios de los mismos, y de ahí la utilidad práctica de que se formulen diversos cuestionarios al juri. Si lo anterior es lógico, resulta que el Juez de derecho, en desarrollo de la facultad que le otorga el artículo 537 del Código de Procedimiento Penal (o el artículo 554, ibídem, según el caso), puede producir la declaración de contraevidencia del veredicto únicamente

sobre algunas de las declaraciones de los Jueces de Conciencia, siendo eso sí tales manifestaciones relativas a cada delito separadamente. Más claro aún: la sentencia del Juez de derecho, en los procesos en que interviene el jurado, ha de emitirse de acuerdo 'con la calificación que éste dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate', cuando el veredicto no está en pugna notoria con la evidencia de los hechos del proceso, pero esa calificación de los hechos que verifican los Jueces de Conciencia está consignada en la respuesta a los diversos cuestionarios que, en algunos casos, se someten a consideración de aquéllos.

"El veredicto en sí es indivisible, y no puede acogerse o rechazarse parcialmente en cuanto sea la declaración de los Jueces del pueblo sobre los hechos constitutivos de un mismo delito, no así en lo relativo a cada una de las respuestas que a los varios cuestionarios dan los jurados porque éstas habrán de confrontarse individualmente con los hechos del proceso; y mientras las decisiones del jurado sobre unos delitos pueden tener respaldo en los hechos del proceso, otras declaraciones sobre hechos criminosos diversos pueden hallarse en manifiesta contraevidencia con la realidad procesal. El veredicto es uno en cuanto debe contener la definición de todos los hechos sometidos a consideración de los Jueces de Conciencia, pero las declaraciones de que se compone —producida al responder los diversos cuestionarios— (evento previsto por el artículo 502 del Código de Procedimiento Penal) apenas constituyen sus partes, sin que la respuesta acerca de unos hechos inexorablemente se pueda considerar como la decisión sobre todos los hechos del proceso.

"Con acierto se derogó el artículo 501 del Código de Procedimiento Penal, por el artículo 37 de la Ley 4ª de 1943, que conlleva a tan absurdo planteamiento al decir:

" 'Cuando la respuesta al primero de los cuestionarios fuere negativa, no se tomarán en cuenta las que hubieren dado a los demás, cualesquiera que ellas sean' ".

"De lo expuesto resulta que, por el principio de la economía procesal, no debe retrotraerse el debate ante el jurado cuando algunas de sus declaraciones no han resultado en pugna contra la evidencia de los hechos procesales, pues en tal caso su decisión, por imperio de la ley, debe acogerse y acomodarse la sentencia a la calificación que el juri haya dado a los hechos sobre los cuales tuvo lugar la controversia en la audiencia pública. La decisión del Juez de derecho acerca de la contraevidencia de algunos pronunciamientos de los jueces del pueblo no puede afectar lo resuelto por los mismos jueces sobre hechos criminosos diversos en los cuales hay armonía entre las manifestaciones del juri y la realidad procesal. Eso sí, uno solo ha de ser el momento procesal de dictar sentencia definitiva, y una sola será ésta; tal cuestión es no solo razonable sino que encuentra respaldo en el principio de la economía procesal.

"Dicho lo anterior se concluye:

"Para el caso de autos, el cargo es improcedente porque la declaración de contraevidencia del veredicto no se produjo sino en relación con el delito de homicidio, y así lo predica claramente el proveído del Juez *a quo* (ver f. 157), el que fue confirmado por el Tribunal *ad quem* (ver f. 170). En lo relacionado con el delito de robo ninguna declaración de contraevidencia se hizo por el Juez de derecho, y, al contrario, se hizo declaración expresa en la misma providencia en que se acogía la decisión de los jurados y que oportunamente se dictaría sentencia al respecto (ordinal 3º, f. 157). Siendo lo anterior de claridad meridiana se tiene lo siguiente:

"*Existe en el proceso veredicto condenatorio en contra de Ospina Rivillas por el delito de robo* (f. 131), e igual acontece en relación con el delito de homicidio (f. 175). Tanto la primera decisión como la última (que era definitiva) fueron acogidas por el Juez *a quo* y, de acuerdo a la calificación dada a los hechos por el juri, se emitió fallo condenatorio contra el reo. No se observa, en consecuencia, que se haya producido sentencia en contra de Ospina Rivillas por un delito sobre el cual no se hubieran pronunciado los jueces del pueblo. Ni la ley procedimental, ni el artículo 26 de la Constitución han sido infringidos en este proceso, y la sentencia se ha emitido sin que haya nulidad alguna que vicie lo actuado durante el juicio propiamente tal.

"El cargo es inane y así lo estima esta Procuraduría, razón por la cual solicita a la honorable Corte, comedidamente, que desestime la causal 4ª de casación invocada por el recurrente, por ausencia de demostración".

La réplica del señor Agente del Ministerio Público es tan decisiva, concluyente, fundamentada, y constituye una interpretación tan ajustada a los textos legales que cita y transcribe, que sería una redundancia repetirla, empleando para ello otros términos. Dicha réplica demuestra que el argumento capital que el actor pretende utilizar, carece de todo respaldo procesal

y es, por lo tanto, completamente ineficaz para lograr la prosperidad del recurso propuesto.

En efecto, al procesado Ospina Rivillas se lo llamó a juicio como responsable de un concurso de dos delitos, el de homicidio con características de asesinato y el de robo, consumados en perjuicio de Octavio García o Moreno.

De acuerdo con el auto de proceder y con lo ordenado en el artículo 502 del Código de Procedimiento Penal, se le propusieron al primer jurado que intervino en esta causa dos cuestionarios separados así: el primero se refirió, como se vio, al delito de homicidio, y en él se señalaron expresamente las circunstancias que le dan a este delito las características de asesinato, por haber sido cometido "con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y para consumar el delito de robo"; a este cuestionario contestó el jurado en forma negativa, y la respuesta dada por el juri a esta primera cuestión fue la que el Juzgado, con la confirmación del Tribunal, declaró contraevidente; el segundo cuestionario propuesto, y que el jurado contestó afirmativamente, se refirió al delito de robo. La respuesta dada a esta cuestión, por el primer jurado, quedó en firme, pues respecto a ella no hubo declaratoria de contraevidencia. Por lo tanto, lo lógico y razonable era que al segundo jurado únicamente se le propusiera la cuestión relativa al homicidio, que fue la que los Jueces de instancia invalidaron por considerarla contraria a la evidencia de los hechos procesales; la respuesta afirmativa dada por el segundo jurado respecto al delito de homicidio era definitiva, y ella, junto con la decisión adoptada por el primer jurado respecto al delito de robo era la que debía servir, como en efecto sirvió, de fundamento a la sentencia recurrida. Hubiera sido, por lo tanto, un verdadero contrasentido que al segundo jurado se le hubiera propuesto nuevamente una cuestión que ya había sido decidida en forma definitiva y en firme por el primer jurado, o que la respuesta dada por este jurado respecto al delito de robo se hubiera declarado contraevidente, siendo que ella tenía suficiente respaldo en los hechos del proceso, como con toda claridad se dejó analizado en el auto de proceder. En consecuencia, la contraevidencia no podía referirse, como no se refirió, a la parte del veredicto del primer jurado en cuanto aceptó la responsabilidad del procesado respecto al delito de robo.

Además, no es exacto que en el cuestionario que se propuso al segundo jurado para que definiera la responsabilidad de Ospina Rivillas con relación al delito de homicidio se hubiera omitido hacer referencia al de robo, pues expresamente se hizo mención a este ilícito al preguntársele a dicho jurado si el homicidio lo cometió el acusado "para consumar el delito de robo", ya que una de las notas que en este caso le dan el carácter de asesinato al homicidio fue que sirvió de medio para facilitar el robo.

Por lo tanto, el presupuesto en que el actor apoya su argumentación fundamental consiste en que el veredicto proferido por el primer jurado es totalmente nulo por haber sido declarado, en parte, contrario a la evidencia de los hechos, pugna con la realidad procesal y carece, en consecuencia, de todo fundamento razonable y legal.

Causales tercera y primera. Como anteriormente se vió, el argumento capital o el motivo que propone el recurrente para sustentar estas causales, es el mismo que utiliza para fundamentar la causal cuarta, que ya se ha estudiado. Por lo tanto, resulta innecesario que la Sala vuelva a emprender el análisis o refutación de un argumento cuya ineficacia quedó establecida al estudiar la causal primeramente invocada en la demanda.

Síguese de lo expuesto que el recurso de casación no puede prosperar.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, *no casa* la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, de cuatro de agosto de mil novecientos sesenta y uno, por medio de la cual fue condenado Alcides Orlando Ospina Rivillas a la pena de diez y siete años de presidio, como responsable de los delitos de homicidio (asesinato) y robo consumados en perjuicio de Octavio García o Moreno.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL COMETIDO EN ESTADO DE IRA

Interpretación del veredicto. — Examen de circunstancias atenuantes. — Grave e injusta provocación de la víctima. — Violación de la ley penal por errónea interpretación. — Causal 1ª de casación.

1. Frente a los hechos en su sentido propio, es decir, los que el veredicto acepta, la sentencia guarda concordancia, y la decisión del jurado es en sí armónica, puesto que acepta dos situaciones previstas por la ley penal que en la comisión de un delito de homicidio pueden presentarse, siendo una causa o antecedente de la otra. Quien es víctima de una provocación no es extraño que se vea envuelto en riña, para él imprevista, con su injusto provocador; del mismo modo que quien mata excediéndose en la necesidad de defensa obre en el estado anímico de ira, causada por grave e injusta provocación.

2. Es obvio que en los juicios en que interviene el Jurado la sentencia se hace de acuerdo con el veredicto, y de éste es expresión jurídica concreta. Pero compete al fallador, en ejercicio de su potestad, dar al veredicto popular la justa interpretación que merezca frente al derecho positivo, sin desconocer arbitrariamente su alcance pero tampoco plegándose sin análisis a su tenor literal.

3. La doctrina sustentada por la Corte, de que se ocupa el demandante para rebatirla, entraña una inflexible interpretación del artículo 480 del Código de Procedimiento Penal, que no es del todo aceptable porque conduce a soluciones no siempre acordes con la orientación de la ley penal. Si el veredicto del jurado, sin ser contraevidente o contradictorio, reconoce plurales circunstancias de atenuación y su verdadero alcance está contenido en una de ellas, no quebranta el fallador el derecho si del examen de tales circunstancias concluye que no hay lugar a la acumulación.

4. En el caso de autos se tiene que en favor del acusado se reconoció haber obrado en las circunstancias del artículo 28 del Código Penal, reconocimiento hecho desde el auto de proceder. El Jurado, a más de esa aminorante, expresó que el delito lo cometió el agente en riña imprevista y negó, además, el propósito de matar. Si hubo la provocación grave e injusta de la víctima, la riña la entendió imprevista para el provocado, lo que indica, necesariamente, que su origen fue la misma provocación.

Parece claro, entonces, que el evento de la riña imprevista habiendo mediado en la comisión del delito la grave e injusta provocación, fue secuencia de este específico estado psicológico de la ira, y como secuencia no podía ser particularmente valorada para aminorar la responsabilidad penal, en el caso sub judice.

En ese orden de ideas se alcanza la conclusión inequívoca de que la sentencia recurrida es violatoria de la ley penal, por errónea interpretación, lo que da lugar a que el recurso prospere, con base en la causal primera, pues la condenación ha de referirse a homicidio preterintencional en estado de ira.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, trece de septiembre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Rendón Gaviria).

V i s t o s:

Agotados los trámites de rigor procede la Corte a decidir del recurso extraordinario de casación interpuesto por el señor Fiscal del Tribunal

Superior del Distrito Judicial de Tunja contra el fallo proferido por dicha corporación el 15 de noviembre de 1961, mediante el cual fue condenado Lisandro Prieto Barrera, por el delito de homicidio, a la pena principal de un año de presidio, aparte de las correspondientes accesorias.

La demanda del señor representante del Ministerio Público, conforme a lo previsto en el Decreto 1154 de 1954, no fue ampliada por la Procuraduría al surtírsele el traslado legal. Tampoco hubo respuesta al libelo por la parte no recurrente.

Antecedentes y actuación procesal.

1º Los hechos que dieron origen a este proceso los sintetiza la sentencia de primer grado así:

"Isidro Reyes, hijo de José Reyes Peña, mantenía relaciones amorosas con Margarita Prieto, hija de Lisandro Prieto y Agripina Boyacá, las cuales no eran del agrado de José Reyes Peña. Desde entonces surgió cierta animadversión de José Reyes para con la familia de Lisandro Prieto, y en varias ocasiones lanzó algunas piedras sobre la puerta de la casa de habitación de éste, en la carrera 1ª con la calle 5ª de esta ciudad (Tunja). Y en horas de la noche del 21 de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis transitaba Reyes Peña montado en un asno en dirección a su casa de habitación, situada en el sitio denominado 'El Curubal' de esta jurisdicción, y nuevamente se dedicó a lanzar piedras sobre la casa de Lisandro Prieto y a injuriar a sus moradores. Prieto Barrera regresaba en ese momento a su hogar y se enfrentó a Reyes con ánimo de repeler la agresión de que eran objeto sus familiares, y le arrojó una piedra o terrón haciendo impacto en el parietal derecho causándole lesiones que le determinaron la muerte en las horas de la mañana del veinticinco de los mismos mes y año".

2º Por auto de 14 de junio de 1957, el Juzgado Segundo Superior calificó el mérito del sumario y, entre otros ordenamientos, residenció en juicio, con intervención del jurado, a Lisandro Prieto Barrera "como autor responsable del delito de *homicidio* cometido en la persona de José Reyes Peña, a consecuencia de la fractura del cráneo con instrumento contundente a que hace referencia la diligencia de autopsia, hecho que tuvo ocurrencia en las primeras horas de la noche del veintiuno (21) de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis (1956), en sitio de la carrera 1ª con calle 5ª de esta ciudad".

3º En la motivación del proveído aceptó expresamente la instancia "que el reato cometido por el sindicado Lisandro Prieto Barrera, lo fue sencillamente dentro del estado de ira causado por grave e injusta provocación del occiso, circunstancia esta modificadora del delito que deberá someterse en su oportunidad a la consideración del Jurado...".

4º Acorde con este criterio, al celebrarse la vista pública de la causa, a los señores Jueces de Conciencia se les propuso por el Juzgado la siguiente cuestión:

"¿El acusado *Lisandro Prieto Barrera,* es responsable, *sí o no,* de haber causado la muerte, con intención de matar, a José Reyes Peña, a consecuencia de la fractura del cráneo con instrumento contundente, a que hace referencia la diligencia de autopsia, hecho que tuvo ocurrencia en las primeras horas de la noche del veintiuno (21) de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis (1956), en el sitio de la carrera 1ª con calle 5ª de esta ciudad; y al cometerlo obró en estado de ira e intenso dolor causados por grave e injusta provocación por parte del occiso?".

El Jurado respondió: "Sí, pero sin intención de matar y en riña imprevista" (fl. 72, Cuad. 1º).

5º La sentencia de primera instancia entendió el veredicto no sólo como un todo armónico sino ajustado a la realidad procesal para concluír en la condenación por homicidio ultraintencional, con las modificaciones resultantes de la *provocación* específica de que trata el artículo 28 del Código Penal, y *riña imprevista,* contemplada en el artículo 384, ibídem. Hecha la individualización de la penalidad imponible, impuso al acusado un año de presidio, sanción que el Tribunal acogió en el fallo recurrido.

6º En éste, para amparar la decisión del Juzgado y refutar las tesis expuestas por su colaborador fiscal en su vista de fondo, hace, entre otras, las siguientes consideraciones sobre el alcance y efectos del veredicto:

"De acuerdo con los elementos de prueba que obran en el proceso, y que fueron tenidos en cuenta en el fallo consultado, hay que afirmar que el veredicto del Jurado corresponde esencialmente a la verdad de los hechos, cuando consignó una respuesta que equivale a declarar que el homicidio imputado a Lisandro Prieto Barrera es solamente preterintencional. En efecto, las circunstancias en que el acusado cometió el ilícito y los medios empleados en su ejecución dan

base segura para sostener la tesis de que el procesado no debió tener intención de matar a su contendor.

"Resta examinar si —como lo ha dicho el señor Agente del Ministerio Público— es incompatible el homicidio ultraintencional con la modalidad de riña imprevista. Y a este respecto observa la Sala que aun cuando existen doctrinantes que no admiten la compatibilidad entre el homicidio preterintencional y la circunstancia de que se haya cometido en riña imprevista, sin embargo, hay que aclarar que ni la doctrina ni la jurisprudencia han sido uniformes cuando se trata de dilucidar esa cuestión. Por ejemplo en la obra de Irureta Goyena —El Delito de Homicidio—, a la página 84 de la 2ª edición se lee:

" '... Ahora bien: el legislador se pone aquí en el caso de una muerte en riña con intención de matar, pero es que la muerte puede sobrevenir a consecuencia de la riña sin que nadie haya tenido esa intención. Estos dos casos no pueden, a mi juicio, ser asimilados, y, entonces, yo los resuelvo aplicando a la muerte en riña, verificada en estas condiciones, la pena del homicidio ultraintencional rebajada en uno o dos grados...'.

"En verdad, no parece absurdo sostener que un homicidio ultraintencional puede cometerse en el curso de una riña imprevista, si se tiene en cuenta que en el homicidio de que se trata se parte del supuesto de que el resultado haya podido ser previsto, y si, por otra parte, se observa que quienes se traban en una riña imprevista no están generalmente incapacitados para prever que del cambio de golpes, o del combate, pueden resultar daños para la integridad personal de los contendores o para sus condiciones de vida. Luego, no siempre habrá incompatibilidad en el caso analizado, y mucho menos cuando se desarrolló entre las partes una larga riña con armas contundentes (piedras), según constancias testimoniales que hay en el proceso.

"Lo expuesto demuestra que propiamente no hay causal para decir que el veredicto del Jurado es contradictorio, o que pugna con la evidencia de los hechos. Y aun cuando el señor Fiscal ha considerado que no pueden reconocérsele al procesado tres atenuantes de responsabilidad, no obstante cabe observar que si bien es cierto que según algunos comentadores del Código Penal Colombiano, es generalmente contrario a la técnica jurídica y al espíritu del mencionado estatuto el hacer concurrir dos o tres circunstancias aminorativas de la penalidad, preciso es distinguir que en la práctica se ven muchos casos en que el juzgador no puede desatender el veredicto del Jurado. Esto sucede principalmente cuando no se encuentra que la veridicción del Tribunal Popular es contraevidente o notoriamente contradictoria.

"En el caso de que es materia el proceso, precisamente el Jurado dio a entender que el homicidio que cometió Lisandro Prieto Barrera fue preterintencional, y también afirmó que ese ilícito había sido perpetrado en estado de ira causado por grave e injusta provocación y, además, en riña imprevista. Y como en el proceso están demostradas las circunstancias de la ira y de la riña imprevista, desde luego que el procesado actuó en vista de la agresión que estaba ejercitando José Reyes Peña, indudablemente el Jurado no hizo sino reconocer dos hechos reales: el de la ira, que había sido ya reconocido en el auto de proceder; y el de la riña imprevista que se deduce de las declaraciones de los testigos que presenciaron los hechos delictuosos, según las cuales hubo una contienda, a mano armada, entre el occiso y el victimario...".

Demanda de casación.

La inconformidad del señor Fiscal del Tribunal expresada en el concepto de fondo sobre la sentencia de primer grado, por la interpretación dada al veredicto, determinó —al ser confirmado el fallo— que el representante del Ministerio Público interpusiera el recurso de casación y presentara ante la Corte la demanda.

El escrito de impugnación, ajustado a los requisitos del recurso propuesto, plantea y desarrolla tres cargos contra la sentencia, comprendidos, en su orden, dentro de las causales *primera, tercera* y *séptima* del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal primera. Estima el demandante que el *ad quem* "ha violado la ley penal sustantiva, porque la ha interpretado mal", referida esa violación en concreto a los artículos 28, 365 y 384 del Código.

Gira la argumentación jurídica respecto de este cargo sobre dos puntos fundamentales, a saber:

a) Cuando el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal preceptúa que en los juicios con intervención del jurado "la sentencia se hará de acuerdo con la calificación que éste dé a los hechos" en el veredicto, no está privando al fallador de sus atribuciones para una interpretación racional y en derecho de la medida de la responsabilidad. "El Juez de derecho —argu-

ye el recurrente— debe serlo en toda la extensión de la palabra; lo cual aleja su misión de la de simple empírico que coteja una frase con un artículo —frase del veredicto, artículo de un código— para aplicar la pena. Cada vez que su augusto trabajo lo lleve a condenar a alguien ha de hacer una interpretación filosófica y jurídica de la ley. De lo contrario, su conclusión punitiva falta a la técnica, se acomoda apenas a lo que a primera vista captaría cualquiera que no fuera un especialista''.

b) Frente a un veredicto que reconoce estados y circunstancias aminorativos, cuya coexistencia jurídica, no de hecho, es inadmisible, la individualización de la pena debe hacerse, dentro de la técnica del derecho, con la aceptación exclusiva de aquel *estado* o *circunstancia* de contenido superior que, dada su naturaleza y directa relación con el motivo determinante del delito, necesariamente subsume o absorbe modalidades atenuantes fundadas en el mismo origen.

Se concreta este aspecto de la demanda a que admitido por el jurado el *estado de ira* previsto en el artículo 28 del Código Penal, la atenuación por *riña imprevista* (artículo 384, ibídem) carece de relevancia y no es atinente, pues el factor *provocación* es en la riña de ese tipo un grado inferior de la aminorante específica contemplada en el acotado artículo 28.

Funda su respetable tesis el señor Fiscal demandante en el concepto expuesto por el doctor Jorge Enrique Gutiérrez Anzola en su obra ''Delitos contra la vida y la integridad personal'', al tratar el problema de la doble atenuación por el estado de ira y la riña imprevista. Para el caso transcribe de la página 252 lo que sigue:

''Esa aparente concurrencia de los dos hechos (homicidio en estado de ira y riña imprevista), suscita alguna dificultad referente a la apreciación de la pena imponible, en el sentido de si debe acumularse la atenuación prevista para los dos casos, o si simplemente se hace la atenuación con respecto a cada uno de esos dos fenómenos. La Corte Suprema ha decidido el punto sosteniendo la primera tesis, o sea la acumulación de las dos atenuaciones (Casación del 7 de junio de 1944, *G. J.* núms. 2010 a 2014, p. 623), afirmando enfáticamente: '... sería un disparate negar que suceden casos en que sí coexisten perfectamente definidas ambas circunstancias atenuantes de la sanción'. En principio esta doctrina es exacta en cuanto admite la coexistencia *aparente* de esos dos fenómenos; lo que resulta discutible en relación con la doctrina expuesta, es la coexistencia *jurídica* de la riña y del estado de ira, mezcla que permite concebir una pena unificada sumando las atenuaciones previstas en el artículo 28 y en el 384. Por estar más de acuerdo con los principios inspiradores de la reforma penal, en el sentido de propiciar la defensa social, es más afortunada la doctrina expuesta por la Procuraduría General de la Nación en los términos siguientes: '... En el presente caso, el Tribunal hizo *una correcta aplicación de la ley penal,* teniendo en cuenta solamente las circunstancias del artículo 28 del Código Penal, y *desechando la riña.* En primer lugar, porque la ira y el intenso dolor no son incompatibles con una situación de riña casual o imprevista, lo que quiere decir que el veredicto no es contradictorio ni peca contra la evidencia de los hechos; y en segundo lugar, porque la atenuante del artículo 28 es de mayor alcance que la del artículo 384, relativo a la riña, y siendo mayor, absorbe la situación menor. *Así las cosas, la sentencia no ha desconocido el veredicto del Jurado, puesto que la riña reconocida por él quedó incluída en la ira y el intenso dolor, según se ha visto'...''.*

En suma, precisa el demandante, ''porque en la realidad factual pueden darse la riña y la ira y, como dice Carrara, la ira es el género y la riña la especie, jurídicamente se excluyen estas atenuantes porque ello sería, por el mismo estado de ánimo (que indica menos peligrosidad) descontar dos veces''.

Causal tercera. Se invoca, sin mayores argumentos y sin demostración posible, expresando el propio recurrente que, ''aunque parezca paradójico, *no se dictó la sentencia de acuerdo con el veredicto,* aunque sí quiso el Tribunal obedecerlo estrictamente''.

En derecho afirma que ''fueron mal interpretados y mal aplicados los artículos 28 y 384 del Código Penal, porque no se armonizaron como lo previó el legislador y lo ha estudiado la doctrina'', todo lo cual a la postre constituye el soporte de la causal primera.

Causal séptima. ''La sentencia del Tribunal se dictó sobre un veredicto evidentemente contradictorio'' es el último cargo propuesto, ''en subsidio'', contra la sentencia.

Lo sustenta, quizás por la convicción de su improcedencia, con toda parvedad, para simplemente decir:

''Porque, al reconocer el Jurado —afirmando la ira— la turbación profunda del ánimo que impide la reflexión y el cálculo, se contradijo en el mismo veredicto, al aceptar que había tenido solamente intención fija y *determinada, cal-*

culada, de herir. En una palabra, el Jurado afirmó: '*No pudo* reflexionar el sindicado, pero sí reflexionó'.

"El veredicto contradictorio, en manos de juristas —entiende el suscrito— no es solamente aquel que gramaticalmente consta de dos elementos que se excluyen, cosa rara. Como cuando se dice: 'Sí es responsable, pero no consideramos que participara en forma alguna en el delito'. Caen en contradicción los jurados porque sin tener obligación de comprender las implicaciones técnicas de las atenuantes que les proponen las partes en el debate, les parecen todas ajustadas a la verdad de los derechos (sic). Para el jurista, hay contrariedad, como en este caso...".

Consideraciones de la Corte:

1ª De las causales propuestas, conviene decirlo de una vez, sólo la *primera* ofrece en el escrito de demanda una juiciosa sustentación, y por ello de su examen entrará la Sala a ocuparse a fondo, no así de las restantes, respecto de las cuales suficiente es decir que el veredicto que sirvió de presupuesto para el fallo en derecho, dados sus precisos términos y la lógica concatenación de sus afirmaciones permitía, sin provocar desacuerdo de hecho, el reconocimiento acumulativo de las circunstancias de atenuación (estado de ira y riña imprevista), y que el pronunciamiento del Jurado, por ningún concepto podría tacharse de *contradictorio* porque en el campo de acción de los Jueces de Conciencia la antinomia sólo es susceptible de presentarse cuando su respuesta envuelve a la vez afirmación y negación racionalmente irreconciliables.

Frente a los *hechos,* en su sentido propio, es decir, los que el veredicto acepta, la sentencia guarda concordancia, y la decisión del Jurado es en sí armónica, puesto que acepta dos situaciones previstas por la ley penal que en la comisión de un delito de homicidio pueden presentarse, siendo una causa o antecedente de la otra. Quien es víctima de una *provocación* no es extraño que se vea envuelto en riña, para él imprevista, con su injusto provocador; del mismo modo que quien mata excediéndose en la necesidad de defensa obre en el estado anímico de ira, causada por grave e injusta provocación.

Ya en el campo de aplicación de la ley penal sustantiva la cuestión ofrece aspectos distintos, cuyo estudio cabe hacer a través de la causal primera de casación.

2ª Es obvio que en los juicios en que interviene el Jurado la sentencia se hace de acuerdo con el veredicto, y de éste es expresión jurídica concreta. Pero compete al fallador, en ejercicio de su potestad, dar al veredicto popular la justa interpretación que merezca frente al derecho positivo, sin desconocer arbitrariamente su alcance, pero tampoco plegándose sin análisis a su tenor literal.

3ª La doctrina sustentada por la Corte, de que se ocupa el demandante para rebatirla (la misma a que hace mención el doctor Gutiérrez Anzola), entraña una inflexible interpretación del artículo 480 del Código de Procedimiento Penal, que no es del todo aceptable porque conduce a soluciones no siempre acordes con la orientación de la ley penal. Si el veredicto del Jurado, sin ser contraevidente o contradictorio, reconoce plurales circunstancias de atenuación, y su verdadero alcance está contenido en una de ellas, no quebranta el fallador el derecho si del examen de tales circunstancias concluye que no hay lugar a la acumulación.

4ª En el caso de autos se tiene que en favor del acusado se reconoció haber obrado en las circunstancias del artículo 28, reconocimiento hecho desde el auto de proceder. El Jurado, a más de esa aminorante, expresó que el delito lo cometió el agente en riña imprevista y negó, además, el propósito de matar. Si hubo la provocación grave e injusta de la víctima, la riña la entendió imprevista para el provocado, lo que indica, necesariamente, que su origen fue la misma provocación.

La Corte ha dicho:

"La riña y la provocación no son una misma cosa. La provocación es la ofensa, la causa que genera el hecho de la riña. La riña es la pelea, la contienda, el intercambio de golpes entre dos o más personas. Quien se mezcla en una pelea es porque es provocador o ha sido provocado. En tal caso el elemento 'provocación' es la causa, el fulminante que determina el estallido de la ira". (Sents. 27 agosto 1947, LXIII, 435; 22 febrero 1949, LXV, 459).

"La riña imprevista equivale a la casual. Se entra en ella sin querer, porque hubo que contestar con un golpe otro golpe. Y quien se vio envuelto en una pelea que no buscó está en el caso parecido al de quien movido por la ira que se desató en su espíritu, en presencia de un acontecimiento grave, afrontó un lance tan inesperado como injusto. Porque la ira es propia de quien riñe, y un mismo estado espiritual no puede invocarse para obtener una doble atenuación de la secuela de un solo acto". (Sent. 26 febrero 1954, LXXVII, 204).

5ª Parece claro, entonces, que el evento de la riña imprevista, habiendo mediado en la comisión del delito la grave e injusta provocación, fue secuencia de este específico estado psicológico de la ira, y como secuencia no podría ser particularmente valorada para aminorar la responsabilidad penal, en el caso *sub judice*.

En ese orden de ideas se alcanza la conclusión inequívoca de que la sentencia recurrida es violatoria de la ley penal, por errónea interpretación, lo que da lugar a que el recurso prospere, con base en la causal primera, pues la condenación ha de referirse a homicidio preterintencional en estado de ira.

Por tanto, de acuerdo con lo previsto en el ordinal a) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, la Sala invalidará el fallo acusado y dictará el que corresponde, teniendo en cuenta los artículos 28, 362, 365, 36 y concordantes del Código Penal.

La pena imponible es la mínima, o sea un año y cuatro meses de presidio, por no concurrir circunstancias de mayor peligrosidad que justifiquen su elevación.

DECISION:

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *invalida* parcialmente la sentencia a que se ha hecho mérito a efecto de imponer al acusado, como pena principal, *un año y cuatro meses de presidio*, en lugar de la señalada por el *ad quem*. Las sanciones accesorias que entrañen duración quedan modificadas en el mismo lapso. En lo demás rige el fallo recurrido.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

DELITO DE CONTRABANDO

Valoración de pruebas para confrontación de hechos sustanciales. — Arbitrio que la ley concede al juzgador. — Criterios equivocados y erróneos. — Calidad de empresas privadas de transporte aéreo y de servicio público. — No hubo violación de la ley por la renuencia del Tribunal de Aduanas al no ordenar el decomiso de la aeronave que transportó la mercancía de contrabando. — Efectos jurídicos procesales del Decreto 3134 de 1952. — La inexequibilidad del Decreto 700 de 1954. — La declaratoria de inexequibilidad no deroga la ley acusada sino que declara la imposibilidad jurídica de que se mantenga un ordenamiento obligatorio. — Prueba circunstancial. — El carácter armónico y coordinado de los indicios incide en su fuerza probatoria. — Condena condicional.

1. Si se considera el inciso 2º de la causal primera alegada (art. 20 del Decreto 0188 de 1958) y se analiza la demanda con el criterio que inspira esa disposición, no puede menos de concluírse que el impugnador, lleno sin duda de la mejor voluntad en el cumplimiento de su deber, no logró, sin embargo, "puntualizar" y menos aún "demostrar" que el sentenciador incurrió en un error de hecho manifiesto, que lo constituiría, en su exacto sentido jurídico, el que una determinada prueba sea valorada y apreciada con un criterio distinto del que puede tener otro funcionario, ya que de esta suerte la casación no haría cosa distinta de confrontar un criterio del funcionario recurrente, o del impugnador en todo caso, al otro criterio, dejando de lado el arbitrio que la ley concede al juzgador para que con la debida prudencia y sin que el uso de ese arbitrio implique error manifiesto o equivocación grave, aprecie los elementos de juicio y comisión que el caso ofrece y les dé el valor que les corresponde.

Un procedimiento distinto haría vulnerable toda la actividad del Juez, pues esto equivaldría a que si no concuerda con las partes, se equivoca, y ello ya determina la ocurrencia de la causal invocada, extremo a que no llega el legislador al incluír entre las causales consagradas para la casación la segunda del Código de Procedimiento Penal y la primera del artículo 20 del Decreto 0188 de 1958.

No se trata de enfrentar un criterio a otro, sino de demostrar que el uno está equivocado y erróneo. Mientras a esto no se llegue, la casación, que no es técnicamente una tercera instancia, resulta ineficaz para resolver un conflicto, que por serlo, significa la disparidad de opinión, la que a su vez se traduce en fuente de duda, que al producirse, exige resolver con criterio de benignidad o abstención de juicio, porque entre dos raciocinios, si el uno no se demuestra, cabe considerar al otro como cierto, o al menos dudoso y ambos extremos, favorable a aquel que resultó beneficiado con la decisión que motiva el juicio.

El certificado de la Aeronáutica Civil tiene toda la fuerza de un documento oficial, y es por ello ley del proceso. No puede, por consiguiente, desconocerse su valor con meros enunciados sin demostración. Sería aberrante que ante un documento de esta clase se pudiera negar el hecho que contiene, demostrativo, éste sí, de una determinada situación de derecho, como que es la que comporta la afirmación allí consignada de que "la aeronave HK 811 está registrada como propiedad de la empresa 'Transportes Aéreos Latinoamericanos Ltda. (TALA', siendo, por tanto, un vehículo de servicio público".

El argumento de que el traspaso de la nave, que se hizo por escritura pública anterior al hecho, pero registrada después, lo que equivale

a no haberse producido la tradición del dominio, no es suficiente en el caso para atribuír quebranto en la ley por error de hecho o de derecho a la sentencia. El artículo 11 de la Ley 89 de 1938, preceptúa que "los actos traslaticios de dominio de una aeronave requieren para su validez el otorgamiento de escritura pública, y para efectos de la tradición, la inscripción en el registro aeronáutico nacional y la entrega material de la aeronave". Este último requisito y el primero fueron cumplidos, y en cuanto al registro debe hacerse notar que el artículo en cita no hace referencia alguna al tiempo en que debe efectuarse esa solemnidad. Luego no puede tomarse este argumento como valedero para imponer la pena accesoria del decomiso en el caso de autos. Por lo tanto, si como el recurrente parece entenderlo, la tradición no se efectúa en la misma forma de los bienes inmuebles, la validez del razonamiento pierde toda su eficacia.

Pero aun dando de contado que el anterior argumento no tenga mayor fuerza en un evento dado, tampoco puede considerársele tánta al del impugnador, como para permitir afirmar que una cosa no pertenece a quien la compró, si ya la recibió, se sirve de ella y realiza actos de dominio sobre la misma, que si no jurídicos en sentido estricto, sí conllevan el aprovechamiento de la cosa comprada, cuyo dominio absoluto se adquiere con el registro, el cual puede llevarse a cabo en cualquier tiempo, pues como ya se dijo, la ley no señala límite alguno.

Sobre los otros requisitos que señala el Decreto 2435 de 1953, que echa de menos el señor Fiscal, puede decirse que no son indispensables para dar a una empresa el carácter de servicio público, la circunstancia de ser secundarios, es esta última consideración la que prevalece, pues por llevarla implícita aquel concepto, debe presumirse que se cumplen, ya que la vigilancia en empresas de tal carácter está atribuída como función a la Aeronáutica Civil por virtud del artículo 84 de la Ley 89 de 1938.

Hacer de ellos los únicos indispensables para designarla en función de aquel carácter es subordinar lo accesorio a lo principal. Por este aspecto tampoco es equivocada la apreciación del Tribunal de Aduanas, que es lo que corresponde establecer en el juicio contra la sentencia, que es el recurso de casación.

2. La declaratoria de inexequibilidad del Decreto 700 de 1954 revivió el Decreto anterior, es decir, el 3134 de 1952, que creó un procedimiento especial en los procesos aduaneros, pero no restableció la vigencia de las normas procesales ordinarias, estatuídas en virtud de la Ley 119 de 1938 para esos juicios. Sería ilógico que reviviera esta Ley y en cambio dejara sin efectos jurídicos procesales al Decreto 3134, que como ya se dijo, estableció un procedimiento especial en la materia. La declaratoria de inexequibilidad no tiene efecto retroactivo para dar fuerza jurídica a una norma que había sido derogada por el decreto posterior, la que se revive por aquella declaratoria, lo cual quiere decir que recuperó su vigencia el Decreto 3134 de 1952 sin recurrir al imperio de la Ley 119 de 1938, que por aquel Decreto había sido derogada.

3. La fuerza de los indicios se demerita cuando su análisis se hace independiente uno de otro, sin el examen de conjunto que constituye la relación de causalidad que debe contener la prueba circunstancial para que el proceso lógico que ella exige tenga eficacia como fuente de certeza legal. El carácter armónico y coordinado de los indicios incide en su fuerza probatoria. Si se les discrimina por separado, naturalmente dejan de tener la convergencia y concatenación que pone de manifiesto el hecho desconocido que por inferencia se trata de establecer mediante los hechos conocidos comprobados, de los cuales deductivamente se desprenden.

El recurso de proceder de otra manera puede ser una táctica defensiva: pero para la justicia penal es inaceptable cuando descubre que siendo esos hechos circunstanciales distintos entre sí, independientes porque no provienen unos de otros, concurrentes a señalar el hecho principal que con ellos trata de establecerse y la multiplicidad de los mismos como nota característica constituyen una prueba de convicción imposible de desconocer porque está basada en las relaciones necesarias derivadas de la naturaleza de las cosas, que pueden llevar, por vía de inferencia, a la reconstrucción de un hecho delictuoso, señalar a sus autores y partícipes, móviles, efectos y demás particularidades del mismo como glosando a Dellepiane, se puede concluír. ("Nueva Teoría General de la Prueba", pág. 69, edición argentina de 1919).

4. La concesión del subrogado penal que implica la suspensión de la condena por un lapso determinado, que va desde los dos hasta los cinco años como término de prueba, beneficio del que sólo pueden gozar los procesados que carezcan de toda peligrosidad, si bien corresponde al Juez, como la autoridad a quien le está atribuída tal facultad, esa denominación no puede circunscribirse en modo alguno al Juez de primera instancia, sino que también comprende al

de segunda, si por apelación, consulta, y en todo caso en el cumplimiento de su función jurisdiccional, dicta la sentencia en que por virtud de la ley es susceptible de concederse gracia tan excepcional, como que privativamente está circunscrita a las penas de arresto o de prisión, siempre que no excedan de dos años.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, septiembre quince de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A.).

Vistos:

Con fecha 19 de julio de 1961 el Tribunal Superior de Aduanas condenó a Horacio Gómez Ruiz a la pena principal de un año de prisión y a las accesorias correspondientes, como responsable del delito de contrabando de que trata este proceso. Se hicieron también otras declaraciones que no inciden directamente con el recurso interpuesto, a excepción de la suspensión de la pena, ya que el Juzgado de primera instancia concedió el beneficio de condena condicional a Gómez Ruiz, y el Tribunal modificó esta decisión, asunto que sí incide en la impugnación del fallo, por cuanto es motivo de uno de los cargos formulados en la demanda presentada por el señor apoderado del procesado a que se contrae dicho recurso.

Contra el referido fallo se presentaron dos demandas, una por el señor Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Aduanas y la otra por el doctor Gregorio Becerra Becerra, apoderado del reo, en su debida oportunidad, de las cuales se ocupará la Sala en el orden de su respectiva presentación, por facilitar de esta suerte el estudio que sobre ellas se haga para la decisión del recurso, ya que se fundamentan en motivos distintos.

I. *Demanda propuesta por el Ministerio Público.*

En esta demanda se manifiesta una deficiente técnica de casación, en el sentido riguroso del término. Con todo, la Sala, en consideración al funcionario recurrente y con un criterio de amplitud, entrará al estudio de ella, dados los móviles que inspiran al Ministerio Público en la defensa social a él confiada.

El señor Fiscal, en el escrito de demanda, hace una relación de los hechos que es, en líneas generales, la que compendia mejor la ocurrencia de autos y más sucintamente la sintetiza. Por ello la Sala la acoge, como índice adecuado para el planteamiento del problema presentado en las dos demandas, que ha de resolverse. Dice:

"1º El 23 de abril de 1958 el señor Horacio Gómez Ruiz, como Gerente de Transportes Aéreos Latinoamericanos (TALA), solicitó a la Aeronáutica Civil autorización para realizar un vuelo en el avión 'Catalina' (PBY6A), matriculado bajo el número HK 811, de nacionalidad colombiana, con destino a Fort Lauderdale, Estados Unidos, entre los días 27 de abril y 2 de mayo del citado año, 'con el fin de efectuar algunos arreglos en el avión' (a folios 300 y 345 obran copias del permiso).

"2º El día 8 de mayo de 1958 regresó el avión HK 811, habiendo aterrizado en Barranquilla, en el aeropuerto de 'Soledad', sin haber dado el aviso reglamentario a las autoridades del aeropuerto, tripulado por los señores Carlos Peñuela, como piloto, Horacio Gómez, como copiloto, y Rafael Vargas Jiménez, como ingeniero de vuelo (no obstante que la licencia de vuelo había autorizado a otro ingeniero de vuelo, el señor Orlando Maestre) (folios 300 y 345).

"3º Este aterrizaje se efectuó sin haber dado el aviso previo, como se desprende del oficio número OA-0341 de 24 de mayo de 1958, dirigido por la Empresa Colombiana de Aeródromos al Juzgado de Instrucción Penal Aduanera, en que informa que 'el avión HK 811, de la Empresa TALA, aterrizó en este Aeropuerto el 8 de mayo de 1958 sin haber usado ninguna de las frecuencias de ruta que ordinariamente son ocupadas para el control de vuelos internacionales. Según apunte de las Estaciones Internacionales de Kingston y Miami, dicho avión no había elaborado ningún plan de vuelo a su salida' (fl. 63).

"4º El señor Horacio Gómez Ruiz manifestó que él había informado a la torre de control y que había aterrizado para tomar combustible. Como se le solicitara la documentación y que firmara el Acta de Visita, expresó que dado lo avanzado de la hora tendría que hacer aduana en Barranquilla.

"5º Se procedió entonces a bajar la carga y el equipaje, y a revisar detenidamente las bodegas, donde se encontró gran cantidad de té y alpiste, y 'varios elementos más'.

"6º Como a causa del hallazgo de esta mercancía se retuvo el avión, éste fue objeto, posteriormente, el 16 de mayo, de un minucioso examen, y fue así como en la inspección ocular practicada se encontró dentro del fuselaje y en ca-

vidades no destinadas para el transporte de carga, armas, municiones y mercancías relacionadas en el acta de inventario de folios 18 a 23.

"De los elementos encontrados se formaron 54 paquetes (folio 18), 12 de los cuales que contenían las armas y municiones fueron avaluados en la suma de diez y ocho mil doscientos noventa pesos ($ 18.290.00), según se ve al folio 112 y siguientes. Los otros elementos fueron avaluados en ciento treinta y dos mil ciento treinta y un pesos con cincuenta centavos ($ 132.131.50) (fls. 173 a 175).

"7º La justicia castrense conoció de la infracción correspondiente a las armas y municiones, para lo cual se enviaron las copias, de acuerdo con la providencia de fecha 17 de mayo de 1958. El Juzgado 16 de Instrucción Penal Militar recibió las copias referentes a esta introducción clandestina de armas, las cuales fueron puestas a disposición del Ministerio de Guerra".

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal se abstuvo de contestar las demandas de casación propuestas, por cuanto que en su concepto se hace innecesario ampliar el libelo sustentatorio del recurso, ya que está ceñido a los requisitos legales. En consecuencia, opina que no es el caso de hacer uso del derecho que le confiere la ley de ampliar la demanda presentada por el señor Fiscal Segundo del Tribunal de Aduanas, por considerar que está "ajustada a las exigencias que el recuso conlleva". (Fls. 26 y 27 del cuaderno de la Corte).

El señor Fiscal recurrente formula varios cargos contra la sentencia impugnada con amparo en la causal 1ª del artículo 20 del Decreto legislativo número 0188 de 1958, que dice textualmente:

"Hay lugar a casación:

"1º Cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, o aplicación indebida, o interpretación errónea.

"Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que la demanda puntualice y demuestre que el sentenciador incurrió en error de derecho o en error manifiesto de hecho, siempre que alguna de esas dos clases de error incida en elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad y de los autores o partícipes, o en circunstancias que hayan incluído en la determinación de la sanción.

"2º Cuando el proceso esté afectado de nulidad por incompetencia de jurisdicción improrrogable, o por no haberse notificado en debida forma el auto que señala término para pedir pruebas, a menos que en este caso el procesado se haya hecho presente en el juicio sin hacer reclamación a ese respecto dentro de los cinco días siguientes a su apersonamiento. La falta de notificación no puede invocarse sino por quien haya debido recibirla".

El argumento central del escrito impugnatorio se dirige a tratar de demostrar que el ordinal 4º de la sentencia del Tribunal de Aduanas al disponer la entrega del avión en que fue transportado el contrabando violó los artículos 69 del Decreto 700 de 1954, 18, aparte 3º del Decreto 188 de 1958 y 59 del Código Penal, en concordancia con los artículos 29 del Decreto 2435 de 1953 y 271 del Código de Comercio, disposiciones éstas que prescriben el decomiso de la nave, aeronave o vehículo en que haya sido transportada la mercancía, pena vigente coetánea y posterior a la ocurrencia de los hechos que originaron la investigación.

A la violación de estas disposiciones —dice— llega el Tribunal como consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas que inciden en la no aplicación de la sanción del decomiso del avión.

Hace en seguida un análisis de ellas y consigna que esa violación se produce por estos tres motivos:

1º Haber aceptado que para la fecha en que fue aprehendido el contrabando la empresa TALA era propietaria del avión HK 811, para lo cual tuvo en cuenta estos dos hechos: a) La copia de la escritura número 1105 de 9 de abril de 1957, de la Notaría Tercera de Bogotá, cuyo registro, para efectos de la tradición legal del dominio, sólo fue hecho el día 2 de junio de 1959, o sea con posterioridad a la fecha en que fue aprehendido el contrabando; b) El certificado expedido por la Aeronáutica Civil, de fecha 16 de mayo de 1958 (folio 182), para acreditar "que la aeronave HK 811 aparece registrada, en el libro de registro aeronáutico, como propiedad de la Empresa Transportes Aéreos Latinoamericanos Limitada (TALA)", el que no expresa la fecha en que se efectuó tal registro, para saber si se hizo antes o después de aprehendida la nave.

2º Que el Tribunal no tuvo en cuenta que para la fecha en que se aprehendió el contrabando, el señor Horacio Gómez era Gerente Técnico Comercial y Gerente Ejecutivo de la Empresa TALA, según el certificado de la Cámara de Comercio. De consiguiente, en el hecho delictuoso

se comprometió no sólo la responsabilidad personal de Horacio Gómez Ruiz, como copiloto del vuelo en que se perpetró el ilícito, sino también la responsabilidad de la Empresa que él gerencia. Aun aceptada la venta de la aeronave a la Empresa TALA, y que ésta se hubiere perfeccionado para la fecha en que se cometió el delito, se imponía el decomiso de la misma para efectos de la responsabilidad de la Empresa propietaria, y

3º Haber considerado a la Empresa TALA como de servicio público, siendo de servicio privado.

A propósito de esto último cita los artículos 271 del Código de Comercio que, según el recurrente, fija la pauta para establecer cuándo una empresa es de servicio público o tiene carácter particular o privado, y el artículo 29 del Decreto 2435 de 1953, que dice señala los requisitos que debe reunir una empresa para que se considere de servicio público. Al respecto agrega que el Tribunal se atuvo únicamente al certificado expedido por la Aeronáutica Civil, pero no tomó en cuenta si se cumplían otros requisitos de periodicidad, precio y otras condiciones.

Hace en seguida otras consideraciones alrededor de este mismo tema, para concluír que la Empresa TALA debe considerarse como de carácter particular o privado, de acuerdo con las disposiciones antes aludidas y, por tanto, las conclusiones del Tribunal en orden a que esa Empresa era de servicio público las tomó por apreciación errónea de la prueba del certificado de la Aeronáutica Civil, pues estimó que este certificado era suficiente para demostrar los requisitos exigidos por los artículos que ha venido citando como que corroboran sus puntos de vista.

4º El señor Fiscal recurrente, en este último punto, sirviéndose de un sistema de enunciados pretende, en forma subsidiaria, demostrar que la prueba que resulta del certificado de la Cámara de Comercio fue también erróneamente apreciada por parte del Tribunal sentenciador, y, por tanto, estima en tal forma explicada la violación de las disposiciones legales por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas. Esta parte de la demanda se concreta a citar los textos de los artículos 69 del Decreto 700 de 1954, 59 del Código Penal y 18 del Decreto 0188 de 1958.

Como el artículo 69 del Decreto 700 de 1954, vigente al tiempo de la comisión del delito, y el 18 del Decreto 0188 de 1958, dictado con posterioridad, ordenan el decomiso de la nave o vehículo en que haya sido transportada la mercancía de contrabando, y sólo modifican su redacción en cuanto a que el primero remite esa pena accesoria a la circunstancia de que sea "de servicio privado" y el segundo hace apenas la exigencia de que sea "de propiedad del infractor o de otros responsables", concluye esa parte de la demanda así:

"Conforme a las normas de aplicación de la ley más favorable al sindicado, resulta que para el caso de autos debe tenerse en cuenta la disposición del artículo 69 del Decreto 700 de 1954. Esto sentado, hay que concluír que hay lugar al decomiso de la aeronave en que se transportó el contrabando si es 'de servicio privado' ".

Hace luego el impugnador un recuento de las consideraciones que le sirvieron al Tribunal sentenciador para llegar a la conclusión de que el avión HK 811 es de servicio público, las que transcribe. Como en la oportunidad debida éstas serán tenidas en cuenta por la Sala y también reproducidos los argumentos que con base en ellas sirven al fallador para las conclusiones a que llega, resulta innecesario consignarlas aquí.

A continuación expone otros razonamientos igualmente enunciativos en orden a insistir en que el Tribunal da por probado que la aeronave pertenece a la sociedad, a pesar de que la copia de la escritura de venta fue registrada cuando ya la nave había sido aprehendida, y que ésta es de servicio público porque así lo dijo el certificado de la Aeronáutica Civil, para afirmar en seguida que aun aceptando la tradición del dominio de la nave en favor de la Empresa TALA, "no se ha demostrado que dicha nave fuera de servicio público" ya que no se han establecido los requisitos exigidos por las disposiciones legales respectivas.

Concluye la demanda haciendo otras observaciones que contienen los mismos puntos de vista sostenidos a través del libelo, y que no hacen sino repetir los que al parecer del demandante deben considerarse como errores de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba, que hacen viable el recurso de casación y, en consecuencia, que la causal primera alegada prospere.

Se responde:

Los principales argumentos de la demanda que se estudia —todos los cuales fueron extensamente considerados en las instancias, principalmente en la segunda— están dirigidos a la pretensión de demostrar que Transportes Latinoamericanos Limitada (TALA) es una empresa privada de transporte aéreo y no de servicio público, porque

no reúne los requisitos legales que exige el artículo 29 del Decreto 2435 de 1953.

Sin embargo, dadas las certificaciones expedidas por la Aeronáutica Civil (fls. 182 del cuaderno principal y 28 del cuaderno 6º), no puede afirmarse con certeza la calidad privada de la empresa aludida, la cual en dichas certificaciones figura como de servicio público de transporte aéreo, y cuyo registro se hizo de conformidad con las normas legales vigentes (art. 11 de la Ley 89 de 1938). Por otra parte, si sólo su gerente técnico ha resultado complicado en el proceso, y condenado, además, por el delito de contrabando, resultaría excesivo que la empresa, que tiene distintos accionistas de sus gestores comerciales, sufriera un perjuicio como el que determina el decomiso de la nave en la que se efectuó el contrabando, pues hay que suponer que esa actividad, por ser ilícita, no le había sido confiada a los administradores de la sociedad Transportes Aéreos Latinoamericanos Limitada.

La drasticidad de esta medida se manifiesta con la subrogación del artículo 69 del Decreto 700 de 1954, en que se apoya el Fiscal recurrente, por el Decreto 188 de 1958, el cual en su artículo 18, entre las sanciones accesorias del ilícito, señala la pérdida de la nave, aeronave o vehículo terrestre en que haya sido transportada la mercancía de contrabando "cuando sea de propiedad del infractor o de otros responsables".

Ello indica que se modificó en un sentido de propiedad privada, menos confuso, lo que antes exigía que "fuera de servicio privado". Por consiguiente, para los fines de la imposición de la pena incorporal o secundaria, a contrario sensu, si la empresa tiene carácter de servicio público no cabe imponerla; y, además, debe establecerse, con prueba idónea, que esos medios de transporte pertenecen como propiedad privada a los infractores.

De lo anterior surge que si existen elementos de juicio que tales extremos no establezcan, dentro del conjunto de pruebas del proceso, o pruebas que no permitan afirmar esas circunstancias con certeza, la imposición de aquella penalidad accesoria debe estar sometida al principio de la abstención en la duda, porque la misma rigurosidad de la medida impone que no quede el menor margen de incertidumbre al respecto, argumento que se hace más fuerte si se considera que existe una sociedad que adquirió por compra la nave, por medio de los instrumentos legales señalados en la ley, que la ha beneficiado, porque en virtud de la venta le fue entregada y que por ser distinta de los socios que la componen, como persona jurídica que es, no puede sufrir de contragolpe una sanción que la misma subrogación del decreto que la imponía en su forma inicial no significa nada distinto de que imperó un concepto más adecuado y justo para su modificación. Esto sin contar con que el argumento del señor Fiscal recurrente, sobre favorabilidad de la ley anterior, hecho como simple enunciado, y nada demostrativo del aserto, tal vez no sea el más conveniente, ya que los dos conceptos de "servicio privado" y "propiedad privada", si bien no son equivalentes, tampoco permiten en todos los casos determinar cuál es más favorable o desfavorable, porque esto conlleva cierta relatividad en las distintas ocurrencias en que puedan presentarse eventos de tal índole.

De aquí que el criterio de servicio público, tenido en cuenta por el Tribunal, no constituya un error ni una interpretación equivocada.

Adelante podrán leerse las razones, muy sólidas, con que el Tribunal de Aduanas rebatió los mismos argumentos que ahora sirven nuevamente al señor Fiscal Segundo de la corporación para impugnar el fallo recurrido.

Cuando resulta manifiesta una circunstancia como de la que se está tratando, *la sanción del decomiso corresponde perfectamente a la penalidad del ilícito de contrabando.* Pero si *existen dudas,* y en el caso existen, deben resolverse con el criterio de favorabilidad que la ley y la doctrina señalan.

El Tribunal de Aduanas, al apreciar como lo hizo, el certificado de la Aeronáutica Civil (del folio 182), se atuvo a un criterio que no es erróneo absolutamente, porque yendo al proceso los medios de prueba por acción de la justicia, si ésta no produce los contrarios que otra cosa demuestren, al Juez no le corresponde sino valorar los existentes, cuando con ellos un hecho sustancial trata de comprobarse. Así lo hizo el Tribunal, y si no tuvo en cuenta otros factores, no alcanza esa consideración a llegar hasta tanto que se viole la ley sustantiva por aplicación indebida o interpretación errónea.

Además, si se considera el inciso 2º de la causal primera alegada (art. 20 del Decreto 0188/58), y se analiza la demanda con el criterio que inspira esa disposición, no puede menos de concluírse que el impugnador, lleno sin duda de la mejor voluntad en el cumplimiento de su deber, como la Sala lo reconoce explícitamente, no logró, sin embargo, "puntualizar" y menos aún "demostrar" que el sentenciador *incurrió en un error de hecho manifiesto,* que lo constituiría, en su exacto sentido jurídico, el que una determinada prueba sea valorada y apreciada con un criterio distinto del que puede tener otro funcionario, el

colaborador en el caso, ya que de esta suerte la casación no haría cosa distinta de *confrontar un criterio del funcionario recurrente,* o del impugnador en todo caso, al otro criterio, dejando de lado el arbitrio que la ley concede al juzgador para que con la debida prudencia y sin que el uso de ese arbitrio implique *error manifiesto o equivocación grave,* aprecie los elementos de juicio y convicción que el caso ofrece y les dé el valor que les corresponde.

Un procedimiento distinto haría vulnerable toda la actividad del Juez, pues esto equivaldría a que si no concuerda con las partes, se equivoca, y ello ya determina la ocurrencia de la causal invocada, extremo a que no llega el legislador al incluír entre las causales consagradas para la casación la segunda del Código de Procedimiento Penal y la primera del artículo 20 del Decreto 0188 de 1958.

Las otras argumentaciones de la demanda están lejos de demostrar que porque el copiloto de la aeronave, señor Horacio Gómez Ruiz, gerenciaba la sociedad propietaria del avión, empresa constituída para el tráfico aéreo, ésta debe sufrir el decomiso de dicho medio de transporte. La condena a Gómez Ruiz no implica que la sociedad, cuyo Gerente era, más con sentido técnico que comercial, por su grado de piloto, sufra perjuicios por un acto propio y personal de su administrador. Si pudieran confundirse las dos circunstancias, tal vez podría llegarse a las conclusiones del señor Fiscal recurrente. Pero mientras el certificado de la Aeronáutica Civil confirme que existe una empresa de transportes llamada en sigla TALA, y que su registro está hecho conforme a los reglamentos, mediante escritura pública, propietaria de un aparato de transporte aéreo, "siendo, por tanto, un vehículo de servicio público", no puede dudarse de que esta afirmación, que está contenida en un documento, al cual debe dársele carácter oficial y el valor de plena prueba, como lo prescribe el artículo 251 del Código de Procedimiento Penal, desde que fue expedido con las formalidades que esa disposición establece, certificación que por otra parte, la demanda no logra desvirtuar con sus consideraciones y argumentos enunciativos, que aunque respetables, lo son en mejor grado los que tuvo en cuenta el Tribunal.

Vuelve a repetirse, no se trata de enfrentar un criterio a otro, sino de demostrar que el uno es equivocado y erróneo. Mientras a esto no se llegue, la casación, que no es técnicamente una tercera instancia, resulta ineficaz para resolver un conflicto, que por serlo, significa la disparidad de opinión, la que a su vez se traduce en fuente de duda, que al producirse exige resolver con criterio de benignidad o abstención de juicio, porque entre dos raciocinios, si el uno no se demuestra, cabe considerar al otro como cierto, o al menos dudoso, y ambos extremos, favorable a aquel que resultó beneficiado con la decisión que motiva el juicio.

El certificado de la Aeronáutica Civil tiene toda la fuerza de un documento oficial, y es por ello ley del proceso. No puede, por consiguiente, desconocerse su valor con meros enunciados sin demostración. Sería aberrante que ante un documento de esta clase se pudiera negar el hecho que contiene, demostrativo, éste sí, de una determinada situación de derecho, como es la que comporta la afirmación allí consignada de que "la aeronave HK 811 está registrada como propiedad de la empresa 'Transportes Aéreos Latinoamericanos Limitada (TALA)', siendo, por tanto, un vehículo de servicio público" (fl. 182 vto. del cuaderno principal).

El argumento de que el traspaso de la nave, que se hizo por escritura pública anterior al hecho, pero registrada después, lo que equivale, al decir del recurrente, a no haberse producido la tradición del dominio, no es suficiente en el caso para atribuír quebranto en la ley por error de hecho o de derecho a la sentencia. El artículo 11 de la Ley 89 de 1938 preceptúa que "los actos traslaticios de dominio de una aeronave requieren para su validez el otorgamiento de escritura pública, y para efectos de la tradición, la inscripción en el registro aeronáutico nacional y la entrega material de la aeronave". Este último requisito y el primero fueron cumplidos, y en cuanto al registro, debe hacerse notar que el artículo en cita no hace referencia alguna al tiempo en que debe efectuarse esa solemnidad. Luego no puede tomarse este argumento como valedero para imponer la pena accesoria del decomiso en el caso de autos. Por lo tanto, si como el recurrente parece entenderlo, la tradición no se efectúa en la misma forma de los bienes inmuebles, la validez del razonamiento pierde toda su eficacia.

Pero aun dando de contado que el anterior argumento no tenga mayor fuerza en un evento dado, tampoco puede considerársele tánta al del impugnador, como para permitir afirmar que una cosa no pertenece a quien la compró, si ya la recibió, se sirve de ella y realiza actos de dominio sobre la misma, que si no jurídicos en sentido estricto, sí conllevan el aprovechamiento de la cosa comprada, cuyo dominio absoluto se adquiere con el registro, el cual puede llevarse

a cabo en cualquier tiempo, pues como ya se dijo, la ley no señala límite alguno.

Sobre los otros requisitos que señala el Decreto 2435 de 1953, que echa de menos el señor Fiscal, puede decirse que no son indispensables para dar a una empresa el carácter de servicio público. La circunstancia de ser secundarios, es esta última consideración la que prevalece, pues por llevarla implícita aquel concepto, debe presumirse que se cumplen, ya que la vigilancia en empresas de tal carácter está atribuída como función a la Aeronáutica Civil, por virtud del artículo 84 de la Ley 89 de 1938.

Hacer de ellos los únicos indispensables para designarla en función de aquel carácter, es subordinar lo accesorio a lo principal. Por este aspecto tampoco es equivocada la apreciación del Tribunal de Aduanas, que es lo que corresponde establecer en el juicio contra la sentencia que es el recurso de casación.

Además, si se analizan los planteamientos de la demanda en este punto, se advierte que no aduce pruebas que demuestren sus asertos, se limita a enunciar esas afirmaciones, sin entrar en el proceso para reforzarlas con elementos de juicio que las confirmen, y es ésta una falla que no puede superar la Corte.

De otra parte, el Tribunal explica con razones los fundamentos en que apoya su renuencia al decomiso de la nave, que es el objetivo del impugnador, al recurrir en casación como Agente del Ministerio Público, por inconformidad con tal decisión.

La Sala considera conveniente transcribir, para mejor entendimiento del problema, lo que al respecto dice el Tribunal:

"1º Para la fecha de la comisión del ilícito, ocho de mayo de 1958, regía la disposición del artículo 113 del Decreto 700 de 1954, que expresamente derogaba el articulado del Decreto 3134 de 1952, en cuyo precepto 7º se fundamenta el señor Fiscal para su solicitud.

"Por razón de la ejecutoria del fallo de inexequibilidad, dictado por la honorable Corte con fecha 23 de septiembre de 1958 (fecha posterior a la de la comisión del ilícito de autos), respecto al Decreto 700 de 1954, 'la derogatoria que hizo el Decreto-ley 700 de preceptos pertenecientes a otros estatutos, debe tenerse por no hecha *desde la fecha de ejecutoria* del fallo de la Corte que declaró la inexequibilidad de tal Decreto, y que, en consecuencia, tales normas deben aplicarse mientras no hubiesen sido derogadas por otros decretos-leyes no declarados inexequibles, o hasta cuando se cumpla la previsión contenida en el artículo 2º de la Ley 2ª de 1958', como lo enseña el estudio del honorable Consejo de Estado de fecha 17 de noviembre (Sala de Negocios Generales). Por lo tanto, aquellas disposiciones del citado Decreto 3134 que no fueron derogadas por otros decretos, resurgieron a la vida, como preceptos positivos aplicables tan sólo a partir de la ejecutoria de la sentencia de la Corte de fecha 23 de septiembre de 1958, es decir, con posterioridad a la fecha en que ocurrieron los ilícitos de contrabando que por el presente negocio se definen. Y siendo ello así, mal fundamenta el señor Fiscal su petición de decomiso de la aeronave, y la subsidiaria de pérdida del interés social del señor Gómez, con base en disposiciones que para el 8 de mayo de 1958 no regían.

"2º Las sanciones señaladas en el artículo 7º del Decreto 3134 de 1952, y las cuales pide aplicar el señor Fiscal Segundo del Tribunal, fueron sustituídas por las del artículo 69 del Decreto 700 de 1954, y éstas, a su vez, lo fueron por las expresas en el artículo 18 del Decreto 0188 de 1958. Por ello, y así lo dice expresamente la sentencia de la honorable Corte, sobre inexequibilidad del Decreto 700, la declaratoria de inexequibilidad no cobija al precitado artículo 69, comoquiera que con anterioridad al fallo, tal precepto 69 había sido reemplazado, es decir, derogado tácitamente por otro precepto, el artículo 18 del Decreto 0188 de 1958.

"No declarado inexequible, por la razón anotada, el artículo 69 del Decreto 700 de 1954, y reemplazado con anterioridad al fallo de la Corte por el artículo 18 del Decreto 0188 de 1958, el juzgador, a juicio del Tribunal, debe considerar, para efectos de la aplicación de las penas, para el caso de autos, lo enseñado por los artículos 26 de la Constitución Nacional y 3º del Código Penal, acogiendo la penalidad más favorable al reo entre la vigente a la fecha de la consumación del ilícito o la posterior a la consumación de dicho evento.

"Y en este orden de ideas, el Tribunal estima improcedente la solicitud del señor Fiscal, comoquiera que está demostrado que la nave en cuestión estaba adscrita a la prestación del servicio público de transporte, y además su propiedad no corresponde a ninguno de los hallados responsables.

"3º Mas en el supuesto —que el Tribunal halla improcedente— de ser pertinente el fundamento legal del señor Fiscal al implorar el artículo 7º del Decreto 3134 de 1952, para demandar el decomiso de la aeronave y la petición

subsidiaria de la multa, se tendría que la inteligencia de dicho precepto tampoco habilitaría a la corporación para decretar ninguna de las dos sanciones, comoquiera que ateniéndose al texto claro de dicha disposición se tiene que, según el párrafo primero de la misma, sólo procede el decomiso de la nave cuando ella no está afiliada como de servicio público, y por presumirse su dueño como coautor del contrabando, la pérdida de la misma adviene como sanción accesoria. Y en el caso de autos, el 'dueño de la aeronave, la persona jurídica denominada Empresa de Transportes Aéreos Latinoamericanos Limitada' (TALA), no es punible penalmente, ni puede ser considerada jurídicamente como coautor del ilícito. El avión Catalina HK 811, se repite, no es propiedad de los responsables, señores Gómez y Peñuela, y por ello, aun en el supuesto de que fuera vigente la sanción del párrafo 1º del artículo 7º del Decreto 3134 de 1952, en la fecha de la comisión del ilícito tal penalidad podría incidir como lo pide el señor Fiscal.

"Tampoco podría el Tribunal, ante el hecho de la culpabilidad del Capitán de la aeronave de servicio público, imponer la sanción señalada en el párrafo 2º del citado artículo 7º, ya que el texto legal es claro cuando expresa: 'Cuando el Capitán de... aeronave... de servicio público, no resultare coautor o cómplice de contrabando se le impondrá una multa hasta de cinco mil pesos...'. Y en el caso de autos, se tiene hallado coautor al Capitán y conductor del Catalina HK 811.

"4º No encuentra el Tribunal el fundamento legal en que pudiera apoyarse la petición subsidiaria que hace el señor Fiscal Segundo de la corporación, cuando solicita se decrete la pérdida del interés social que el señor Horacio Gómez tiene en la sociedad dueña de la aeronave. Entre las diversas sanciones que nuestra legislación penal aduanera ha preceptuado desde sus comienzos, no existe disposición alguna en que pudiera fundamentarse la petición del Agente del Ministerio Público. Por ello, y por oponerse a tal pretensión lo dispuesto por los artículos 26 de la Constitución Nacional, 43 de la Ley 153 de 1887 y principios fundamentales de derecho, el Tribunal se abstiene de ordenarla.

"En consecuencia, no procede decretar las sanciones accesorias pedidas por el señor Fiscal". (Fls. 747 a 749 del cuaderno principal).

Demanda de casación presentada por el apoderado de Horacio Gómez Ruiz.

El doctor Gregorio Becerra Becerra, en su calidad de apoderado de Horacio Gómez Ruiz, formuló demanda de casación contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Aduanas, que condenó a éste a las penas a que ya en otra oportunidad se hizo referencia.

El libelo señala en primer término los antecedentes del hecho, que ya están consignados con anterioridad y que son en esencia los mismos a que se contrae la demanda que se estudia. En seguida hace una síntesis de las sentencias de primera y segunda instancia, destacando sobre esta última los indicios que sirvieron al Tribunal para establecer la responsabilidad del procesado. Luego en el Capítulo IV, bajo el epígrafe "Los cargos contra la sentencia del Tribunal", formula como único motivo de impugnación la causal de nulidad, en este caso, constitucional, con amparo en la 2ª del artículo 20 del Decreto 0188 de 1958, "por inobservancia de las formalidades propias del juicio". Dice al respecto:

"El artículo 20 del Decreto 0188 de 1958, en el ordinal segundo estableció la causal de casación sobre la base de la nulidad del proceso, y, aun cuando expresamente no se refiere sino a la incompetencia de jurisdicción improrrogable y a falta de notificación del auto que señala término para pedir pruebas, es inobjetable que tal restricción no pueda alcanzar el motivo de nulidad que se deduce de la inobservancia del artículo 26 de la Constitución Nacional, puesto que las normas constitucionales no pueden ser restringidas o limitadas en sus efectos por una simple disposición legal.

"Si bien es verdad inconcusa que en materia penal aduanera los motivos de casación en tratándose de la causal segunda no son sino dos, por lo cual quedan excluídos todos los demás a que se refiere el Código de Procedimiento Penal, no lo es menos que tales motivos quedan ampliados a tres con la nulidad que se origina en la violación del citado artículo 26 de la C. N., por ser esta norma de jerarquía superior y de imperio o vigencia por encima de la ley.

"Se trata, pues, de un motivo de nulidad sustancial reconocido por la Corte desde ha tiempo, pese a que tampoco está contemplado expresamente en el Código de Procedimiento Penal.

"Esto indica que el motivo es procedente y que la honorable Corte así debe examinar el cargo".

Para la demostración de la anterior causal, el recurrente, bajo el subtítulo "Hipótesis Jurídica", cita el artículo 26 de la Carta, y en seguida hace un recuento de las leyes que en orden cronológico han regido el procedimiento penal

aduanero, hasta llegar al Decreto 700 de 1954, que fue declarado inexequible por la Corte, de lo cual deduce que "si la sentencia de inexequibilidad el efecto que produce es el de restarle vigencia para el futuro a la ley, si no equivale a nulidad para que sus efectos se retrotraigan a la fecha de la promulgación de la ley demandada, como lo ha sostenido la Corte reiteradamente, sino que en sus efectos la sentencia de inexequibilidad equivale a derogatoria, o sea que no produce consecuencias sino a partir de su pronunciamiento y, por lo tanto, todos los efectos propios de la ley producidos durante su vigencia son irrevocables, resulta, lógica y jurídicamente, que el Decreto 3134 de 1952 quedó definitivamente derogado por el Decreto 700 de 1954, y no puede, por tanto, revivir o recobrar vigencia por la circunstancia de haber sido este último abolido, es decir, declarado inexequible".

En relación con esta última argumentación, anota que como el Decreto 3134 de 1952 solamente había suspendido la Ley 119 de 1938, al desaparecer como norma el primer estatuto, cesó la suspensión de la ley y empezó a regir de nuevo, razón por la cual a partir de la sentencia que declaró inexequible el Decreto 700 de 1954 —23 de septiembre de 1958—, "Horacio Gómez Ruiz no podría ser juzgado sino conforme a las normas del Código de Procedimiento Penal".

Tales razonamientos llevan al demandante a afirmar que como su defendido fue juzgado y penado de acuerdo con el Decreto 3134 de 1952, ley que no existe, tal procedimiento fue aplicado arbitrariamente. "Era, pues —dice—, el Decreto 1432 de 1940, que establece pena de arresto, el vigente con relación a la situación de Horacio Gómez Ruiz, por lo que atañe a la penalidad, y el Código de Procedimiento Penal por lo que se refiere al procedimiento". Concluye con la afirmación de que por la violación de los principios constitucionales que rigen la penalidad, este proceso está afectado de una nulidad sustancial, porque su defendido fue juzgado y penado conforme a normas abolidas.

Se responde:

La declaratoria de inexequibilidad del Decreto 700 de 1954 revivió el Decreto anterior, es decir, 3134 de 1952, que creó un procedimiento especial en los procesos aduaneros, pero no restableció la vigencia de las normas procesales ordinarias, estatuídas en virtud de la Ley 119 de 1938, para esos juicios. Sería ilógico que reviviera esta Ley y en cambio dejara sin efectos jurídico procesales al Decreto 3134, que, como se dijo, estableció un procedimiento especial en la materia. La declaratoria de inexequibilidad no tiene efecto retroactivo para dar fuerza jurídica a una norma que había sido derogada por el decreto posterior, la que se revive por aquella declaratoria, lo cual quiere decir que recuperó su vigencia el Decreto 3134 de 1952, sin restituír el imperio de la Ley 119 de 1938, que por aquel Decreto había sido derogada.

El desarrollo de la doctrina anterior lo contiene el fallo de esta Sala, de fecha 26 de julio del año en curso, como sigue:

"En primer lugar cabe anotar que no es exacto que la Corte, por lo menos por medio de esta Sala, haya sostenido que la declaratoria de inexequibilidad no revive las normas derogadas por el mandamiento declarado inexequible. Por el contrario, esta Sala, en relación con la cuestión, sostuvo en fallo de casación del 6 de junio de 1960 lo siguiente:

"Pero los efectos propios de la declaración de inexequibilidad no son rigurosamente equiparables a los de la derogación de la ley. Cada una, la derogación y la declaración dicha, se rige, en sus efectos, por principios diversos, por más que puedan encontrarse puntos de contacto entre unos y otros efectos.

"Si, por ejemplo, es declarada inexequible una ley simplemente derogatoria de otra, es claro que ésta revive y adquiere su plena vigencia, por el solo hecho de la declaración de inexequibilidad. De otra suerte, la acción habría sido baldía, sin utilidad jurídica y práctica real. El principio establecido en el artículo 14 de la Ley 153 de 1887 no tiene aplicación alguna en tal caso, pues el fallo de inexequibilidad no *deroga* la ley acusada, sino que declara la imposibilidad jurídica de que se mantenga como ordenamiento obligatorio, precisamente como violadora de otro ordenamiento superior. Otra cosa es que los efectos de la declaración de inexequibilidad puedan ser retroactivos, cuestión sobre la cual existen opiniones encontradas y que, dada la calidad de los reparos o argumentos de la demanda, no es necesario analizar en este Capítulo". *(G. J.*, T. XCII, Nos. 2225-2226, pág. 1034).

"Esta Sala estima que debe mantener el criterio por ella sostenido en el fallo transcrito, por cuanto es la tesis que está más de acuerdo con el contenido y naturaleza jurídica de la declaratoria de inexequibilidad que la Corte hace en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 214 de la Carta, especialmente cuando declara la inconstitucionalidad de una disposición legal que deroga otro ordenamiento, el que re-

cobra su vigencia por efecto de dicha declaratoria, dado que cuando la Corte decide que una ley es inexequible se limita a declarar con autoridad, y *erga omnes,* que la norma declarada inexequible nació sin fuerza vinculatoria, por violar alguna o algunas disposiciones de la Carta Fundamental, y, en consecuencia, no podía producir el efecto propio de la ley válida de derogar expresa o tácitamente otra norma legal anterior.

"La Corte, en el ejercicio de la función que le confiere el artículo 214 de la Ley de leyes, no tiene la atribución de derogar las leyes o decretos demandados por inconstitucionales; cuando en el ejercicio de dicha función decide que la ley acusada es inconstitucional, su misión se limita a reconocer la existencia de un vicio que afecta la norma declarada inexequible, vicio que nació con la ley y que persiste durante todo el tiempo de su virtual eficacia, e impide que produzca los efectos propios de una ley constitucional.

"Por otra parte, la afirmación que el recurrente hace al plantear este primer cargo, de que el fallo de inexequibilidad de 23 de septiembre de 1958, produjo el efecto de restablecer para los asuntos penales aduaneros el procedimiento ordinario consagrado por la Ley 119 de 1938, no solamente carece de toda demostración, sino que contradice y está en desacuerdo con la tesis en que se pretende sustentarla. En efecto, si el fallo que declaró inexequible el Decreto 0700 de 1954 no tuvo la eficacia de restablecer la vigencia de las disposiciones legales que este Decreto expresamente había derogado, lógicamente tampoco podía tener dicho fallo la virtud de revivir la Ley 119 de 1938, en cuanto consagró el procedimiento penal establecido por el Código de Procedimiento Penal para el juzgamiento de los delitos de contrabando. Si se sostiene la tesis de la irretroactividad de la declaratoria de inexequibilidad, por equiparar esta declaratoria a la derogación de la ley, habría que aplicarle al fallo de inexequibilidad la regla de lógica jurídica contenida en el artículo 14 de la Ley 153 de 1887, que dispone que "Una ley derogada no revivirá por las solas referencias que a ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una disposición derogada sólo recobrará su fuerza en la forma que aparezca reproducida en una ley nueva".

"Resulta, por lo tanto, ilógico y contradictorio afirmar, como lo hace el demandante, que la sentencia de inexequibilidad del Decreto 0700 de 1954 no revivió las disposiciones legislativas expresamente derogadas por este Decreto, pero en cambio sí tuvo el efecto de restablecer la vigencia de la Ley 119 de 1938, que había sido a su vez abolida por las disposiciones expresamente derogadas por el decreto declarado inconstitucional.

"Aplicando lo dicho al caso de la declatoria de inexequibilidad del Decreto 0700 de 1954, se concluye que el fallo de la Corte que declaró inconstitucional ese Decreto, sí tuvo por sí mismo el efecto de revivir o restablecer las disposiciones legales que dicho decreto expresamente había derogado por medio de su artículo 113. Entre esas disposiciones expresamente derogadas por el Decreto 0700 se encuentra el Decreto 3134 de 1952, que estableció un procedimiento especial y sumario para los juicios por contrabando, reformando así el procedimiento ordinario aplicable con anterioridad y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley 119 de 1938; pero esta norma no podía recobrar su vigencia, como lo afirma el actor, por efecto de la declaratoria de inconstitucionalidad del Decreto 0700 de 1954, pues ello equivaldría a atribuírle a esta declaratoria un extraño efecto retrospectivo, que no se compadece con la naturaleza y contenido jurídico del fallo de inexequibilidad.

"De lo expuesto se sigue, que aunque es cierto que a este proceso no se aplicaron las normas propias del juicio ordinario penal, que para los negocios de contrabando la Ley 119 de 1938, ello no quiere decir que por este aspecto se hubiera incurrido en una nulidad constitucional, pues según se ha visto, el procedimiento aplicable a los procesos penales aduaneros, en relación con hechos consumados con posterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del Decreto 0700, y por efecto de esta declaratoria, no es el procedimiento penal ordinario que estableció la citada Ley 119, sino el consagrado con posterioridad a esta ley por algunos decretos que fueron derogados por el decreto declarado inconstitucional, entre el que se cuenta el procedimiento especial establecido por el Decreto 3134 de 1952, en cuanto no se oponga a las disposiciones procesales consagradas por decretos legislativos expedidos con posterioridad al Decreto 0700 de 1954".

Por consiguiente, las razones expuestas son suficientes para declarar que el primer cargo estudiado no prospera.

—

En el acápite V de la demanda se formulan, con amparo en la causal primera de casación,

según el artículo 20 del Decreto 0188 de 1958, dos cargos contra la sentencia.

El primero lo hace consistir el actor en el "error de derecho en la apreciación de la prueba", y lo sustenta así:

"El Tribunal Superior de Aduanas, en la sentencia acusada, ha incurrido en un error manifiesto de derecho en la apreciación de las pruebas al considerar como indicio de responsabilidad, contra Horacio Gómez, hechos de los cuales ésta no puede inferirse lógicamente y cuando en verdad varios de tales hechos se refieren a uno solo, y consiguientemente no se trata de una pluralidad de indicios, con lo cual ha violado los artículos 216, 217, 222 y 223 del Código de Procedimiento Penal. Al infringir estos artículos ha dictado sentencia condenatoria sin que exista plena prueba de la responsabilidad contra Horacio Gómez y, por lo tanto, también ha infringido el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal.

"A través del error en cuestión y de la consiguiente infracción de las normas citadas del Código de Procedimiento Penal, ha incurrido el Tribunal en violación de los artículos 11 del Código Penal, 3º del Decreto 1432 de 1940, que subrogó el 373 de la Ley 79 de 1931, y el 69 del Decreto 700 de 1954, puesto que los aplicó en relación con Horacio Gómez indebidamente, toda vez que lo declaró responsable y lo condenó a un año de prisión sin que estuviera demostrado que era coautor del hecho".

Para su demostración expone algunos argumentos que se compendian como sigue:

Cita, en primer término, los artículos 11 del Código Sustantivo Penal y 203 del Código de Procedimiento Penal, para afirmar que según ellos, "solamente puede ser responsable del delito quien lo ha cometido", y que únicamente "se le puede imputar responsabilidad a una persona cuando se ha demostrado plenamente que es coautor o partícipe, es decir, en virtud de plena prueba". En seguida da la definición de indicio, que corresponde al artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, y agrega que uno solo no es plena prueba al tenor del artículo 217, ibídem, y que cuando se refieren a uno solo "por numerosos que sean no constituyen sino un solo indicio" (art. 222, ibídem).

"Ahora bien, el artículo 3º del Decreto 1432 de 1940, establece que el delito de contrabando lo comete quien introduzca mercancía extranjera 'al país valiéndose de factura, manifiesto, declaración o documentos falsos... o utilizando otros artificios o prácticas dolosas' ".

Agrega a continuación la demanda que "el artículo 69 del Decreto 700 de 1954 establece penas aplicables a los responsables de contrabando. Lo anterior significa:

"Que solamente a los responsables del delito de contrabando se les aplica las penas del citado artículo 69; son responsables los autores o partícipes, y autores o partícipes no son sino aquellos respecto de quienes exista plena prueba".

En el acápite referente a los que el libelo denomina "el error del Tribunal en la sentencia acusada", hace el impugnador la crítica a los presupuestos probatorios que sirvieron de fundamento al Tribunal para considerar reo de contrabando a Gómez Ruiz, y de allí deduce que "si de tales presupuestos no puede inferirse lógicamente que Horacio Gómez era el dueño o quien introdujo la mercancía al avión es porque no son indicios. Pero como el Tribunal los toma como indicios ha incurrido en error de derecho, o sea que ha tomado como indicios hechos que conforme a lo prescrito por el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, no tienen tal naturaleza".

Argumentando de esta suerte da por descartados como indicios las circunstancias enumeradas en los ordinales 1º, 2º y 5º de los considerandos de la sentencia. Y siguiendo este mismo procedimiento en forma separada y sin profundizar detenidamente en la crítica que hace a cada una de las pruebas indirectas que el Tribunal consideró como suficientes para formarse un juicio sobre la responsabilidad del procesado, termina con las siguientes afirmaciones:

Que el Tribunal al considerar la prueba "estimó como indicios circunstancias que no tienen esta naturaleza legal o que no alcanzan a revestir las características de univocidad, llevó al Tribunal a declarar que existía plena prueba de que Horacio Gómez había participado en la introducción del contrabando como coautor con Carlos Alberto Peñuela.

"Como consecuencia de esta consideración lo declaró responsable sin que estuviera demostrada su participación, con lo cual infringió no solamente el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, sino los artículos 11 del Código Penal y el 3º del Decreto 1432 de 1940, a la vez que el 69 del Decreto 700 de 1954, comoquiera que los aplicó al caso de Horacio Gómez, cuando resulta evidente que si se prescinde del error no hubiera podido condenarse a este sin-

dicado por ausencia de prueba y porque el único responsable de lo que ocurra a bordo de una aeronave es el Capitán, según lo prescribe el artículo 31 de la Ley 89 de 1938.

"El error de derecho fue, pues, la causa determinante de que no se hubiera aplicado el artículo 31 de la Ley 89 de 1938, y de que se hubieran aplicado indebidamente los artículos 11 del Código Penal y 3º del Decreto 1432 de 1940, que define el delito de contrabando, y 69 del Decreto 700 de 1954, aparecen como la causa eficiente de que Horacio Gómez haya sido declarado responsable y condenado a un año de prisión, según aparece del contenido de la parte resolutiva de la sentencia impugnada.

"De consiguiente, la incidencia del error y de la consiguiente infracción de las normas sustantivas citadas en la parte dispositiva de la sentencia, es de suma evidencia.

"En otras palabras, el error de derecho demostrado aparece como determinante, para usar las mismas palabras del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, de la responsabilidad que se le imputa en la sentencia acusada a Horacio Gómez, y como condición suficiente de la pena que se le impone".

Contesta la Sala:

Sin duda alguna resulta procedente para los fines de la decisión que ha de adoptar la Corte, reproducir en su integridad la enunciación minuciosa y metódica que el Tribunal Aduanero tuvo en consideración para dar como probada la responsabilidad de Gómez Ruiz en el contrabando que se le incrimina. El actor hace un extenso resumen de esos indicios, pero es obvio que ellos representan sus personales puntos de vista, que no se conjugan estrictamente con los producidos en el fallo. De aquí que sea procedente la transcripción textual de ellos, para su mejor examen, a fin de determinar si corresponden a las constancias procesales, si su análisis está conforme con el método lógico-jurídico de apreciar la prueba que produzca el convencimiento legal moral que necesita el fallador en orden a adquirir la certidumbre que se hace menester para la condena penal, y, finalmente, si no existe un error manifiesto y tan ostensible como para determinar un quebrantamiento notorio de los presupuestos que inciden sobre la causal primera de casación, tal como la reglamenta el artículo 20 del Decreto 0188 de 1958. Dice:

"12. Del estudio del expediente se acreditan los siguientes hechos, relacionados con el Capitán Horacio Gómez Ruiz:

"a) El objeto señalado a la Aeronáutica Civil y al Consulado de Estados Unidos fue la urgencia y necesidad de someter el avión a reparación no viable ni posible verificar en Colombia.

"b) Gómez Ruiz viajó en su calidad de Gerente de la empresa TALA, dueña del avión, y ejercitó durante el viaje de ida y regreso las funciones propias de copiloto en el manejo del avión, pero (no) las reales de Gerente y accionista de la sociedad 'TALA', empresa que tenía la titularidad o propiedad del avión —escritura número 1105 de abril 9 de 1957, Notaría 3ª, folio 1º, cuaderno 7º—". (El *no* entre paréntesis se deduce obviamente del contexto, observa la Sala).

"Gómez fue quien vendió el tiquete a Leonor Camacho de Lezaca (fl. 131); quien se entendía, a decir de Rafael Vargas Guzmán, con los pasajeros, itinerarios, diligencias de papeles en la Aduana (fl. 193 vto.); a quien los tripulantes y pasajeros entregaron sus pasaportes, y quien en realidad mandaba el avión, según Alba Buitrago y el Capitán Peñuela (fls. 199 y 205); quien contrató personalmente los servicios del mecánico Vargas (fl. 66); quien directamente se encargó de ordenar el cambio de llantas del avión en Miami, y quien dijo haber ordenado la reparación del equipo de radio (fl. 67); quien dijo a Alba Buitrago, según lo afirma ella, que pasaba todo el día en el aeropuerto de Lauderdale (fl. 205 vto.); quien, según él mismo lo afirma, pagó en Miami el valor del arreglo del equipo de radio y algunos otros detalles (fl. 290); quien pagó los portes de la comunicación radiotelegráfica solicitando ampliación del permiso para el regreso (fl. 304), y quien, según lo expresó directamente, fue la persona que diligenció todas las actividades necesarias para el regreso, ya que, añade, el Capitán Peñuela se concretó a la parte técnica, tanqueo de gasolina, plan de vuelo, permiso de salida, etc. (fl. 293).

"c) El piloto del avión, Capitán Peñuela, afirma que 'para ese vuelo desempeñé mis servicios aparentemente de piloto, pues estaba en todo campo subordinado a las órdenes del Capitán Gómez' (fl. 212); que Gómez fue quien se entendió con las autoridades del aeropuerto de Fort Lauderdale (fl. 212 vto.), y quien se entendía con todas las diligencias (fl. 325).

"d) Vargas, el mecánico de vuelo, expresa que no obstante la posición de Gómez y Peñuela en el comando del avión, no distinguió cuál de ellos era el piloto y cuál el copiloto (fl. 353).

"e) Gómez, no obstante la manifestación expresa ante las autoridades de que el objeto del viaje era someter el avión a una reparación general, no acreditó que tal diligencia se hubiere efectuado, aportando las pruebas consiguientes. Tampoco el piloto Peñuela ni el mecánico o ingeniero de vuelo Vargas, manifiestan constarles sobre tal particular, refiriéndose sólo a manifestaciones que el mismo Gómez les hizo. Además, consta, que el cambio de llantas se verificó por orden de Gómez, sin intervención ni de Peñuela ni de Vargas.

"f) Gómez no pretendió acreditar ante la justicia, mediante la prueba regular y legalmente aducida, el hecho de haber entregado a Mr. Goen, y el que éste hubiera recibido, el fusil y los paquetes, que por 'condescendencia' de Peñuela, se le enviaban a los señores Durana, de los Llanos.

"g) Gómez no aportó pruebas sobre sus diligencias en Miami, ni acreditó su dicho respecto de la pretendida operación con el señor Gus de Maio (fl. 289), ni sobre la compra de llantas y de repuestos que dice de él adquirió. Tampoco aparece dato alguno derivado de Gus de Maio respecto a la financiación del 'otro' avión de que habla Gómez, ni da detalles o nombres de los relacionados y amigos de Florida, con quienes trató sobre repuestos.

"h) El contrabando fue descubierto, parte el 8 de mayo, y parte el 16 de los mismos. Gómez, el mismo día 8 de mayo, se dio cuenta que en forma clandestina se había pretendido introducir mercancías fuera de ley al país. Gómez confirió poder, como Gerente de TALA, ante la Jefatura de la Inspección de Aduanas de Bogotá, con fecha 16 de mayo de 1958, para que su apoderado, 'a nombre de la empresa que represento, reclame la devolución de un avión Catalina retenido por cuenta de su Juzgado, y de propiedad de la empresa' (fl. 104).

"Gómez no se presentó a responder ante la justicia, y el Juzgado hubo de considerarlo 'reo ausente' en auto de 22 de noviembre de 1958 (fl. 265), no obstante el conocimiento de los hechos, el haber apoderado como Gerente de la empresa a un abogado. Tan sólo el 2 de diciembre de 1958 se presentó a las audiencias. No aparece prueba alguna que acredite la causa o razón suficiente de las alegadas por Gómez para retardar su presentación a juicio.

"i) Según aparece del comunicado del Administrador del Aeropuerto de Soledad, que obra al folio 63, el avión piloteado por Peñuela y Gómez, en viaje de regreso, aterrizó 'sin haber elaborado ningún plan de vuelo y sin haber usado ninguna de las frecuencias de ruta que ordinariamente son ocupadas para el control de vuelos internacionales'. Según apunte de las Estaciones Internacionales de Kingston y Miami, dicho avión no habría elaborado ningún plan de vuelo a su salida. Además en el vuelo de Colombia hacia el exterior tampoco elaboró plan de vuelo.

"Gómez y Peñuela afirman que se elaboraron planes de vuelo, pero ninguna prueba han traído al expediente sobre el particular, a efecto de demeritar la certificación del Administrador del Aeropuerto de Soledad (fl. 63), quedando en pie la circunstancia de que no hicieron uso de radiotransmisión durante el viaje de regreso, no obstante afirmarse por Gómez que estaba, o había sido, reparado en Miami.

"j) Gómez acepta que fue él quien se hizo cargo de ordenar las reparaciones del avión, y los sindicados Vargas (fl. 194) y Alba Buitrago (fl. 205 vto.) enseñan que aquél se lo pasaba el día en el aeropuerto.

"Vargas refiere en su indagatoria que en su visita el sábado, al avión, halló varios paquetes y cajas, y añade que al día siguiente encontró mayor cantidad de ellos.

"Gómez, quien afirma que estuvo el domingo revisando el cambio de llantas, y quien constató que el mecánico Vargas le estaba haciendo el servicio al motor derecho (fl. 289), nada expresa sobre haber visto la carga a la cual se refiere Vargas en su indagatoria, ni explica la razón de no haber visto lo que Vargas vio.

"Gómez no da explicación alguna sobre su diligencia como copiloto respecto de sus funciones propias en la repartición y ordenamiento de la carga, diligencia ésta que según se anota —folio 84— corresponde al copiloto.

"k) Entre Gómez y Peñuela hubo contactos, personales y telefónicos, en Miami, según lo afirman uno y otro en sus indagatorias (fls. 336 y 325).

"l) Después del descubrimiento del contrabando, Gómez y Peñuela tuvieron contacto telefónico por medio de un amigo común de los dos (fl. 332), y ese amigo, cuyo nombre ninguno de los dos dice recordar, 'es un mecánico que trabaja en Techo' (fl. 332).

"m) Gómez no explica el por qué no se constató el peso del avión. Tampoco indica por qué no se le requirió a Peñuela. Este dice que se atuvo a la simple apreciación visual de la carga (fl. 330).

"n) Aterrizado el avión en Barranquilla, fue Gómez quien dio la orden de tanquear 250 galones de gasolina y seguir inmediatamente a Bogotá (fl. 67 vto.).

"o) El permiso de lá Aeronáutica para que el avión permaneciera en Estados Unidos venció el 6 de mayo. El avión, sin previa prórroga ni aviso alguno, llegó a Barranquilla el 8 de mayo, es decir dos días después de haberse vencido el plazo. Gómez no explica la ausencia de tales prórroga y aviso. (fl. 101).

"p) Gómez, a quien consta el descubrimiento de parte del contrabando el día de la llegada a Colombia, dice que supo por la prensa sobre las diligencias de investigación y que por eso, 'como Gerente de la empresa le concedí poder al doctor Rito Antonio Galvis, para que diligenciara en mi nombre lo relacionado con el proceso' (fl. 297), pero el poder que ya se ha observado no habla sino para la devolución del avión.

"q) El Juzgado Superior dictó sentencia con fecha 13 de febrero de 1959, habiéndose notificado en tal fecha al defensor de Gómez (fl. 430 vto.), quien se conformó con lo resuelto por el juzgador, es decir, con la declaración de que Gómez era coautor del contrabando, por lo cual se le condenaba a un año de prisión, junto con Peñuela Hernández y Vargas Jiménez".

La Sala ha pesado y valorado con la más rigida sindéresis las objeciones y críticas que el impugnador sustenta contra el fallo recurrido, y de su examen exhaustivo no puede concluír de distinta manera a como lo hizo el Tribunal sentenciador. Para obrar así tiene en consideración los siguientes fundamentos:

La fuerza de los indicios se demerita cuando sú análisis se hace independiente uno de otro, sin el examen de conjunto que constituye la relación de causalidad que debe contener la prueba circunstancial para que el proceso lógico que ella exige tenga eficacia como fuente de certeza legal. El carácter armónico y coordinado de los indicios incide en su fuerza probatoria. Si se les discrimina por separado naturalmente dejan de tener la convergencia y concatenación que pone de manifiesto el hecho desconocido que por inferencia se trata de establecer, mediante los hechos conocidos comprobados de los cuales deductivamente se desprenden.

El recurso de proceder de otra manera puede ser una táctica defensiva; pero para la justicia penal es inaceptable cuando descubre que siendo esos hechos circunstanciales distintos entre sí, independientes porque no provienen unos de otros, concurrentes a señalar el hecho principal que con ellos trata de establecerse y la multiplicidad de los mismos como nota característica, constituyen una prueba de convicción imposible de desconocer porque está basada en las relaciones necesarias derivadas de la naturaleza de las cosas, que pueden llevar por vía de inferencia, a la reconstrucción de un hecho delictuoso, señalar sus autores y partícipes, móviles, efectos y demás particularidades del mismo, como glosando a Dellepiane, se puede concluír. ("Nueva Teoría General de la Prueba", pág. 69, edición argentina de 1919).

Dice la Corte:

"En la valoración de la prueba indiciaria, el juzgador no debe considerar aisladamente cada hecho, con independencia absoluta los unos de los otros, pues su resultado, para los fines del proceso, no se obtiene sino por la coordinación de los indicios entre sí, y por la relación de dependencia que ofrecen los unos con los otros para llegar a la comprobación del hecho que se trata de demostrar". *(G. J.,* Tomo LXVII, pág. 520).

"En la apreciación de los indicios el juzgador de instancia tiene libertad de criterio y amplitud de exégesis, tan sólo limitada por la posible ejecución de errores manifiestos y evidentes". *(G. J.,* Tomo LXIII, pág. 153).

Algunas consideraciones hechas a propósito de la demanda del Ministerio Público, valen también para contestar la impugnación del apoderado de Gómez Ruiz. Ello porque inciden sobre la manera de apreciar en casación los reparos de orden probatorio que se formulan enfrentando distintos criterios de apreciación, convirtiendo el recurso en una instancia más, sin el aporte de argumentos que contrarresten las razones del Tribunal en forma incontrastable, ya que éste, dentro del prudente arbitrio legal de que dispone para valorar los elementos de convicción recogidos en el proceso, obra con una libertad limitada sólo por el error evidente y la ostensible equivocación, esto es, que sea "un error manifiesto de hecho", como lo expresa terminantemente el inciso segundo del artículo 20 del Decreto 0188 de 1958, extremo que de no producirse, impide el que prospere una causal que impone a quien la invoca, no sólo contraponer un criterio a otro distinto, sino demostrar aquel error, establecer por qué existe y si evidentemente el sentenciador incurrió en arbitrariedad o sobrepasó el límite de sus facultades. De otra manera, la prosperidad del recurso resulta imposible.

Segundo cargo. El actor, en forma subsidiaria, acusa también la sentencia proferida por el Tri-

bunal Superior de Aduanas, por "violación directa de la ley sustantiva".

Afirma a este respecto que el sentenciador de segunda instancia "al revocar la condena condicional que el Juez del conocimiento había reconocido a Horacio Gómez Ruiz, dejó de aplicar el artículo 80 del Código Penal, siendo como es imperativo legal para el Tribunal que revisa una sentencia respetar las apreciaciones que atribuye la ley al Juez del conocimiento como fuero soberano y autónomo.

"Esta revocatoria de la aplicación del artículo 80 constituye, significa una clara falta de aplicación, es decir, una violación directa de la norma.

"Para mayor claridad del cargo voy a permitirme un análisis de la norma para evidenciar su violación y la manera como a ella llegó el Tribunal".

Hace, en seguida, la enumeración de las condiciones taxativas que según el artículo 80 del Código Penal, se exigen para que el Juez tenga el arbitrio de acceder a la suspensión de la condena, las que transcribe, para luego afirmar lo que sigue, que constituye el aspecto central de su argumentación:

"Claro está que no se trata de una convicción arbitraria, sino sobre la base de ciertos presupuestos, como son la personalidad del procesado, la naturaleza y modalidades del hecho delictuoso y los motivos determinantes.

"Pero es inobjetable que quien aprecia estas circunstancias y tiene potestad de valorarlas es el Juez del conocimiento.

"Es un caso evidente de libre convicción sobre la base de presupuestos ciertos. Y puesto que se trata de una cuestión de libre convicción, el Tribunal que revisa la providencia no tiene facultad para desechar la apreciación soberana del juzgador de instancia. Puede ocurrir, incluso, que el juzgador de instancia incurra en un error al formarse la convicción de que el procesado no volverá a delinquir, pero aun en este caso el que conoce en segunda instancia no puede desatender lo dispuesto por el Juez del conocimiento.

"Se trata, pues, de una condición subjetiva que solamente el Juez puede apreciar en lo que se refiere a la condición señalada bajo el ordinal 'c)', no así en cuanto se refiere a las condiciones de los ordinales 'a)' y 'b)', que son cuestiones objetivas y que, por tanto, su ausencia puede dar margen a que el beneficio sea revocado por el superior, por ilegal.

"... Si el Tribunal que revisa una providencia, en la cual se ha concedido el beneficio de la condena condicional pudiera revocarla equivaldría a convertir cuestión tan subjetiva como es la formación del convencimiento en algo objetivo, lo que equivaldría a desnaturalizar la institución".

Concluye el recurrente, en cuanto a esta petición subsidiaria, solicitando a la Corte que case la sentencia y le conceda el beneficio de la condena condicional al procesado Horacio Gómez, ya que el Tribunal se la negó tácitamente al no haberse referido a ella en la parte resolutiva del fallo impugnado. Lo anterior, porque el *ad quem* no aplicó el artículo 80 del Código Penal, o mejor, revocó lo que con base en él se había dispuesto, siendo que el sindicado tenía derecho a tal beneficio, por reunir las condiciones previstas en la misma norma.

Se responde:

El actor, como se desprende de lo anterior, parte del supuesto de que el término genérico de "Juez", se refiere únicamente al sentenciador de primer grado y no comprende al de segunda instancia.

La Corte en reiterada jurisprudencia ha manifestado un criterio diametralmente distinto sobre este punto, criterio que puede sintetizarse en que la concesión del subrogado penal que implica la suspensión de la condena por un lapso determinado, que va desde los dos a los cinco años como término de prueba, beneficio del que sólo pueden gozar los procesados que carezcan de toda peligrosidad, si bien corresponde al Juez, como la autoridad a quien le está atribuída tal facultad, esa denominación no puede en modo alguno circunscribirse al Juez de primera instancia, sino que también comprende al de segunda, si por apelación, consulta, y en todo caso en el cumplimiento de su función jurisdiccional, dicta la sentencia en que por virtud de la ley es susceptible de concederse gracia tan excepcional, como que privativamente está circunscrita a las penas de arresto o de prisión, siempre que no excedan de dos años.

Y para que ninguna duda pueda tenerse, no sólo sobre el anterior aspecto, sino sobre la oportunidad en que tal beneficio se concede y en el fallo en que pueda él recaer para favorecer al reo que reúna las exigencias de la ley en orden a su concesión, la Corte es enfática al decir:

"El momento de otorgar ese beneficio es el del fallo definitivo, puesto que es entonces cuando se analizan y deciden, con supremo poder

jurisdiccional, todos los objetivos de la investigación y se aprecia, en su plenitud, la peligrosidad del delincuente, de la cual depende, en esencia, la suspensión de la condena". (*G. J.*, Tomo LXIX, pág. 794).

No es del todo exacto, como lo sostiene el recurrente, que el Tribunal no hiciera mención expresa de por qué en el caso es improcedente el beneficio de la condena condicional. Precisamente en el auto que recayó sobre la solicitud del señor Fiscal para que se aclararan ciertos pasajes del fallo (fls. 758 y 761 del cuaderno principal), uno de los cuales hacía referencia a la cuestión de la suspensión de la pena, el Tribunal dice:

"2º En efecto: esta Superioridad, al referirse en el fallo a la providencia del Juez del conocimiento, en el Capítulo V, titulado 'Penalidad' (fls. 742 y 743), suspende la ejecución de la pena..., pero el Tribunal estima que de aquellas circunstancias relacionadas..., que surgen del estudio comprendido en los Capítulos de 'Resultandos' y 'Considerandos' en el presente fallo, enseñan su improcedencia... Por lo tanto, a juicio del Tribunal, estas circunstancias no concurren con las señaladas en la disposición del artículo 80 del Código Penal.

"Y en el numeral 3º de la parte resolutiva, enfática, perentoria y expresamente se dice: '*Reformase* la sentencia apelada de fecha 13 de febrero de 1959, dictada por el señor Juez Superior de Aduanas de Barranquilla, *la cual quedará así...*' (la subraya es de ahora).

"Por lo tanto, lo que en la parte resolutiva de la sentencia de segunda instancia no se dispuso, mal puede entenderse dispuesto".

De consiguiente, tampoco prospera este segundo cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Segundo, Delegado en lo Penal, en cuanto a la demanda formulada por el representante del Ministerio Público, *no invalida* el fallo del Tribunal Superior de Aduanas por ninguno de los cargos contra él formulados en las demandas a las cuales se ha hecho referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial.*

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

GARANTIA DEL DERECHO DE DEFENSA DEL SINDICADO. — OBJETIVOS PRIMORDIALES DEL PROCESO PENAL. — CAUSAL CUARTA DE CASACION

Esta Sala, en providencia de 13 de noviembre de 1928 (G. J., T. XXXVI, p. 203), dice que "las expresiones, formalidades legales, plenitud de forma en cada juicio, empleadas en la Constitución Nacional, son fórmulas con que ésta ordena la observancia de los siguientes requisitos: ... d) Que el procedimiento en todos estos casos garantice al sindicado los medios de defensa...".

El tratadista Alfredo Vélez Mariconde, en su obra "La situación jurídica del imputado" **(Editorial "Depalma", 1944, págs. 43 y siguientes), luego de que distingue entre defensa material y formal, dice que la primera es la que realiza el sindicado "mediante manifestaciones que puede hacer en el proceso, declarando cuantas veces quiera en la instrucción y en el juicio, siempre que ellas sean pertinentes", o guardando silencio, ya que "también puede abstenerse de declarar"; y que la formal o técnica "se ejerce mediante instancias, alegatos y observaciones que se basan en normas de derecho sustantivo o procesal", la cual "exige lógicamente conocimientos jurídicos de que el imputado, en la mayoría de los casos, carece, sin ellos, él no se podría defender eficazmente, y la defensa, por ende, no respondería a los fines de su institución".**

La búsqueda de la verdad y la aplicación justa de la sanción, como objetivos primordiales del proceso penal únicamente resultan legítimos si se asegura al sindicado una efectiva defensa. Y la asistencia jurídica indispensable para que el procesado la realice no consiste, como aparece de este negocio, sólo en que el apoderado tome posesión del cargo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, septiembre diez y ocho de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos:

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, mediante la cual les fue impuesta la pena principal de diez y seis años de presidio a los procesados Juan de la Cruz Arias Trujillo, Mario o Mariano Antonio Rubio Barragán y Maximiliano Rubio Céspedes, como responsables del delito de homicidio cometido en la persona de Heliodoro Aldana.

Trámite del negocio.

El señor Procurador 2º, Delegado en lo Penal, acoge la síntesis que hace el demandante sobre el trámite que el proceso tuvo en las instancias, a saber:

"La presente investigación fue iniciada por la Inspección Departamental de Policía de Santa María, con motivo de la muerte violenta de que fuera víctima el señor Heliodoro Aldana Plazas, hecho ocurrido en la vereda de 'El Cisne', jurisdicción del Municipio de Palermo.

"Después de la práctica de algunas diligencias se llamó a rendir indagatoria a Juan de la Cruz Arias, Mario Rubio y Maximiliano Rubio, acompañantes del occiso el día de los hechos criminosos, y contra quienes recaían algunos cargos.

"Con base en esas primeras diligencias, el señor Inspector dictó auto de detención contra los tres indagados el día 12 de enero de 1961.

"En virtud de la comisión conferida por la Gobernación del Departamento del Huila, el señor Juez 64 de Instrucción Criminal avocó el conocimiento del negocio, según providencia de 30 de enero del mismo año (f. 54 v. del Cno. No. 1). La comisión le fue ampliada a este fun-

cionario, y ante él volvieron a rendir indagatoria los sindicados.

"El precitado funcionario procedió a designar al doctor Hernando Sabogal Rey como defensor de oficio de los procesados Juan de la Cruz Arias Trujillo y Maximiliano Rubio Céspedes, y al doctor Rafael Manrique Lara como defensor de oficio de Mariano Antonio Rubio Barragán, quienes tomaron posesión de sus cargos, según diligencias que aparecen a los folios 108 y 108 vt. del informativo.

"El señor Juez 64 de Instrucción Criminal resolvió cerrar la investigación y correr traslado a las partes para los alegatos de fondo. Pensaba fallar en primera instancia, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto número 012 de 4 de junio de 1959.

"Posteriormente, y en virtud de la declaratoria de inexequibilidad de algunas de las normas de ese Decreto, hecha por la honorable Corte Suprema de Justicia, el mencionado funcionario resolvió abstenerse de dictar sentencia y remitió el proceso al funcionario competente, señor Juez Superior de Neiva, según auto de 8 de agosto de 1961.

"Este funcionario ni siquiera avocó el conocimiento del negocio. Procedió a requerir al procesado Mariano Antonio Rubio Barragán para que hiciera la designación de defensor, y como no lo hiciera, le nombró al doctor Miguel Tovar Silva, quien se posesionó de su cargo.

"En auto de 28 de agosto de 1961 declaró cerrada la investigación y ordenó el traslado reglamentario, para los alegatos de fondo. Esta providencia fue notificada a todos los interesados.

"Ni los defensores de oficio ni el señor Agente del Ministerio Público presentaron alegato alguno, y vencido el término correspondiente procedió el Juzgado a dictar sentencia de primera instancia, el día 11 de septiembre de 1961, en la cual condena a 17 años de presidio y a las demás penas accesorias a los procesados Juan de la Cruz Arias Trujillo, Mario o Mariano Antonio Rubio Barragán y Maximiliano Rubio Céspedes.

"Esta sentencia fue apelada para ante el Tribunal Superior, apelación que fue concedida.

"Surtida la segunda instancia, en la cual tampoco presentaron los distinguidos abogados de la defensa memorial alguno en defensa de sus representados, procedió el honorable Tribunal a proferir su fallo de fecha 22 de noviembre de 1961, en el cual se reforma el del Juzgado, para rebajar la pena principal a diez y seis años de presidio, dejándolo en firme en lo demás".

Demanda de casación.

El doctor Néstor Aya, en representación de los procesados, solicita que se invalide la sentencia recurrida, a fin de que se reponga el procedimiento desde el auto que declaró cerrada la investigación, con fundamento en la causal cuarta prevista en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Expresa el demandante que los citados Arias Trujillo, Rubio Barragán y Rubio Céspedes no contaron con asistencia jurídica alguna durante el juicio, con lo cual se desconoció su derecho de defensa.

Agrega que "en esas condiciones es preciso afirmar que el proceso es nulo, desde el momento mismo en que ocurrieron tales hechos procesales...", pues "es principio constitucional el de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio".

Concepto del Ministerio Público.

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal estima que la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, de que se ha hecho referencia, debe ser invalidada, con fundamento en la causal cuarta de casación invocada por el recurrente.

Anota el señor Agente del Ministerio Público lo que pasa a transcribirse:

"Estamos frente a este canon fundamental de procedimiento: '*nemo damnatur nisi per legale judicium*', principio consagrado en el artículo 26 de la Carta y vertido al artículo *1º* del Código de Procedimiento Penal.

"Entonces, el juzgamiento e imposición de penas en Colombia están reglados por sabios estatutos que fijan el procedimiento para garantizar los medios de defensa de los sindicados.

"Las breves expresiones 'formalidades legales' y 'plenitud de formas' encierran un profundo contenido histórico y jurídico, producto de una elaboración constante que conllevan los elevados conceptos de libertad y seguridad individuales salvaguardiados por el derecho de defensa. Por tanto, no es dable a los juzgadores, ni en este ni en otro caso, pretermitir 'la plenitud de formas de cada juicio', so pena de atentar contra uno de los mandatos de más altísimo valor que consagra la Constitución y las leyes nacionales.

"No es necesario insistir en que la noción de 'defensor' entraña un contenido absolutamente dinámico. Así lo interpreta el Código de Procedimiento Penal en los artículos 107 y siguientes. Y, no obstante, los juzgadores en el caso de autos desconocieron las normas e incurrieron en sus decisiones en una nulidad supra-legal".

La Sala considera:

Es incuestionable que los procesados Juan de la Cruz Arias Trujillo, Mario o Mariano Antonio Rubio Barragán y Maximiliano Rubio Céspedes carecieron, en su juzgamiento, de toda asistencia jurídica.

En tal virtud, como lo señala el demandante y lo expresa el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, la sentencia impugnada es violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

En efecto, los defensores que fueron designados no hicieron alegación alguna en desarrollo del mandato que les fue conferido. En tal forma, resultó desconocido el derecho de defensa de los procesados, estatuído en el artículo 26 de la Constitución Nacional, como una de las formas propias del juicio penal.

Esta Sala, en providencia de 13 de noviembre de 1928 *(G. J.*, t. XXXVI, p. 203), dice que "las expresiones formalidades legales, plenitud de forma en cada juicio, empleadas en la Constitución Nacional, son fórmulas con que ésta ordena la observancia de los siguientes requisitos: . . .d), que el procedimiento en todos estos casos garantice al sindicado los medios de defensa. . . ".

El tratadista Alfredo Vélez Mariconde, en su obra *"La situación jurídica del imputado"* (Editorial "De Palma", 1944, págs. 43 y ss.), luego de que distingue entre defensa material y formal, dice que la primera es la que realiza el sindicado "mediante manifestaciones que puede hacer en el proceso, declarando cuantas veces quiera en la instrucción y en el juicio, siempre que ellas sean pertinentes", o guardando silencio, ya que "también puede abstenerse de declarar"; y que la formal o técnica "se ejerce mediante instancias, alegatos y observaciones que se basan en normas de derecho sustantivo o procesal", la cual "exige lógicamente conocimientos jurídicos de que el imputado, en la mayoría de los casos, carece; sin ellos él no se podría defender eficazmente, y la defensa, por ende, no respondería a los fines de su institución".

La búsqueda de la verdad y la aplicación justa de la sanción, como objetivos primordiales del proceso penal, únicamente resultan legítimos si se asegura al sindicado una efectiva defensa. Y la asistencia jurídica indispensable para que el procesado la realice no consiste, como aparece de este negocio, sólo en que el apoderado tome posesión del cargo.

Prospera, en consecuencia, la tacha que hace el demandante con invocación de la causal cuarta de casación, pues la sentencia recurrida se profirió en un juicio viciado de nulidad.

El procedimiento debe ser repuesto a partir de la providencia que declaró cerrada la investigación (auto de 28 de agosto de 1961, f. 158 v.), debiéndose dar aplicación a las normas hoy vigentes (Código de Procedimiento Penal), pues el Decreto extraordinario número 012 de 1959 dejó de regir.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 2º, Delegado en lo Penal, *casa* la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, de 22 de noviembre de 1961, a fin de que se reponga el procedimiento en la forma indicada en la parte motiva de este fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez Abad, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León, Secretario.

ERROR EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS. — CAUSALES PRIMERA Y SEGUNDA DE CASACION PENAL

Al no reconocer el ad quem la existencia de la circunstancia minorativa de la sanción (art. 384 del Código Penal), incurrió en error en la apreciación de las pruebas, por lo cual, este cargo propuesto por el demandante, con invocación de la causal segunda de casación, resulta demostrado, y prospera, asimismo, la causal señalada en el ordinal 1º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto a la sentencia recurrida se dejó de aplicar el citado artículo 384 del Código Penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, septiembre diez y ocho de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos:

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Tunja contra la sentencia de seis de noviembre de mil novecientos sesenta y uno, por la cual dicho Tribunal impuso al procesado Argemiro Ruiz la pena de dos años de presidio, como responsable del delito de lesiones personales cometido en Fulgencio Rojas Cifuentes.

Hechos:

El Juzgado 2º Penal del Circuito de Tunja, resume los hechos en la forma siguiente, en el fallo de primera instancia:

"Los cónyuges Samuel González González y Bárbara Gutiérrez de González entraron, en la noche del veinticuatro de marzo de mil novecientos sesenta, a una cantina pública de propiedad de la señora Nicolasa López, ubicada cerca del retén Sur de esta ciudad, con el propósito de ingerir algunas bebidas, en compañía de sus amigos Segismundo Amaya González y Argemiro Ruiz, este último obrero de Samuel González.

"Cuando los mencionados contertulios se hallaban departiendo en dicho lugar, surgió, de improviso, un altercado entre la esposa de Samuel González, o sea Bárbara Gutiérrez de González, y la señora Graciela de Rojas, esposa de Fulgencio Rojas, quienes también se hallaban dentro del establecimiento de propiedad de Nicolasa López, ante lo cual los dichos esposos intervinieron con tan mala suerte que resultaron riñendo éstos, pues uno de ellos, Fulgencio Rojas, estimuló a su esposa para que ésta continuara en sus ataques ofendiendo de palabra a González González, quien, ofuscado, le dio un golpe en la cara habiéndolo hecho caer a tierra.

"Pasado lo anterior, los cónyuges González Gutiérrez abandonaron el establecimiento, habiendo sido seguidos por Fulgencio Rojas, quien, encolerizado, continuaba ofendiendo de palabra a los mismos esposos, lo cual culminó, como era de suponer, en una riña entre González y Rojas, de la cual salió muy mal librado este último, pues, vencido por su contrincante, cayó al suelo, herido por éste con arma cortante en las nalgas y en la espalda. Fue en ese momento, según los autos, cuando Argemiro Ruiz, obrero al servicio de González, le lanzó una pedrada a Rojas, hiriéndolo gravemente en la región parieto-occipital.

"Ocurrido lo anterior, los causantes de las heridas padecidas por Fulgencio Rojas emprendieron precipitado viaje con dirección a sus hogares, mientras el herido era conducido a la 'Clínica Tunja', donde fue atendido de inmediato".

Trámite del proceso y fallos de primera y de segunda instancia.

El *a quo*, mediante providencia de 13 de marzo de 1960, llamó a responder en juicio a los

procesados Argemiro Ruiz y Samuel González González, por el delito de lesiones personales de que fue víctima Fulgencio Rojas Cifuentes.

En este auto, el Juzgado 2º Penal del Circuito de Tunja señala que González González "obró en estado de ira e intenso dolor, por grave e injusta provocación debidos a los ultrajes de Fulgencio Rojas para con su esposa Bárbara Gutiérrez, según la descripción que de ello hace el testigo Segismundo Amaya. No ocurre lo mismo respecto a la actuación de Argemiro Ruiz, por cuanto que a pesar de no haberse presentado con éste disgusto alguno de parte de Rojas y su esposa, sin embargo, intervino en la contienda, pudiera decirse con el único propósito de hacerse solidario con la conducta de su patrón Samuel González, razón por la cual y dada la manera como acometió contra Fulgencio, aprovechando que éste se encontraba caído en tierra..., en estado de indefensión, vendrá a repercutir desfavorablemente en su contra, cuando sea dado dictar la correspondiente sentencia condenatoria".

Agotado el trámite de la causa, el juzgador de primera instancia impuso a Samuel González González la pena principal de veinte días de arresto, y al procesado Argemiro Ruiz la de ocho meses de presidio, considerando, con respecto a éste, procedente la circunstancia de atenuación prevista en el artículo 28 del Código Penal y tomando en cuenta la sanción señalada en el segundo inciso del artículo 374 de la misma obra.

En este proveído se dice lo que pasa a transcribirse:

"En verdad, a todo lo largo del proceso se advierte que Argemiro Ruiz, en la noche de los hechos, dependía como arrendatario de Samuel González y de su esposa, quienes fueron las personas que sostuvieron la riña con Fulgencio Rojas y su esposa. El mismo denunciante (f. 1) afirma que Ruiz era arrendatario de sus denunciados, y éste lo reconoce en su indagatoria (f. 9). Esta circunstancia, anotada por el señor defensor, debe tenerse en cuenta en este fallo, pues bien sabido es que el estado de ira e intenso dolor como causa de atenuación de la responsabilidad requiere, entre otras cosas, que la ofensa, el ataque, 'sean inferidos a una persona que nos es querida, aun después de que el hecho se haya de largo tiempo consumado y aun cuando no nos hallemos ya en la actualidad del acto o de la amenaza del mal que ella supone'. En el auto procesatorio se reconoció esta circunstancia en favor del procesado Samuel González González, quien se vio precisado a obrar en virtud de las graves ofensas contra su esposa y de los motivos que determinaron los lamentables hechos. Existiendo, como está evidenciado, un vínculo de dependencia entre Ruiz y los esposos González Gutiérrez cuando el hecho se consumó por parte de aquél, es aceptable que se tenga en cuenta, en favor del mismo, la circunstancia de atenuación invocada en la audiencia pública, para graduar la sanción conforme la disposición violada".

El *ad quem*, en la sentencia recurrida, reformó la sentencia de primera instancia en el sentido de imponer al sindicado Argemiro Ruiz la pena de dos años de presidio, en lugar de la de ocho meses que fue señalada por el *a quo*.

Para esta determinación, el Tribunal Superior de Tunja tuvo en cuenta las siguientes consideraciones:

"Los referidos testimonios..." (se refiere el *ad quem* a las declaraciones de Segismundo Amaya González, Efraím Rodríguez Gamboa y Arcadio Ayala Bautista), "que armonizan en sus detalles esenciales y que no han sido tachados por concepto alguno, constituyen indiscutible prueba de la imputabilidad que le corresponde a Argemiro Ruiz por las lesiones que con arma contundente le causó a Fulgencio Rojas Cifuentes. Y considera el Tribunal que es un error craso establecer atenuación de penalidad —como lo ha hecho el señor Juez Segundo Penal del Circuito— por razón de una peregrina circunstancia de intenso dolor, en grado de comunicabilidad. En efecto, las circunstancias, relaciones y calidades personales que tiendan a disminuír o excluír la penalidad, como ha dicho un tratadista, 'no tendrán influencia sino respecto al autor o cómplice a quienes corresponda'. Por consiguiente, es sobremanera inaceptable aplicar lo establecido en el artículo 28 del Código Penal al caso en que un arrendatario, en forma sorpresiva y esencialmente dolosa, interviene en una reyerta que parecía ya terminada y hiere a uno de los contendores, cuando estaba tendido en tierra, y, por tanto, en notorio estado de indefensión".

Más adelante agrega el juzgador de segunda instancia que "los elementos probatorios ya aludidos indican que están reunidos los requisitos para proferir fallo condenatorio contra Argemiro Ruiz, en su condición de violador de lo dispuesto en el inciso 1º..." (no del 2º, como indicó el *a quo*), "del artículo 374 del Código Penal, que señala una pena mínima de dos años de presidio para el autor de la infracción...".

Ahora bien:

Del último examen que la Oficina de Medicina Legal de Tunja practicó a Fulgencio Rojas se desprende que "la lesión localizada en la región parieto-occipital, producida con instrumento contundente, ocasiona la incapacidad de treinta días, con la perturbación funcional de carácter transitorio y reparable".

Demanda de casación.

El señor Fiscal del Tribunal Superior de Tunja invoca en su demanda las causales segunda y primera de casación, pues considera que al incurrir el *ad quem,* en la sentencia recurrida, en error en la apreciación y en la interpretación de los hechos, dejó de tomar en cuenta, para señalar la pena imponible al procesado Argemiro Ruiz, la circunstancia de atenuación prevista en el artículo 28 del Código Penal, o, por lo menos, la contenida en el artículo 384 de la misma obra.

Para demostrar los cargos, el demandante dice que "de la historia de los hechos que hace el Tribunal se desprende lo sostenido por el suscrito Fiscal, a saber: que no tuvo en cuenta hechos probados, particularmente las graves ofensas de palabra y de obra de que fueron víctimas Samuel González y su esposa, a manos de Fulgencio Rojas y su mujer, para juzgar a Argemiro Ruiz. Dice el Tribunal: '... en determinado momento, por cualquier circunstancia que no ha logrado establecerse de manera clara en el proceso, surgió una discusión o alegato entre Bárbara Gutiérrez, esposa de Samuel González, y Graciela Nájar, esposa de Fulgencio Rojas Cifuentes. Los datos del proceso demuestran que luego se trabó una riña en la cual salió gravemente lesionado Fulgencio Rojas...'. En el cuerpo de la providencia...", continúa el impugnante: "... por ninguna parte se impugna a quienes sostienen que el grupo provocador fue el de Fulgencio Rojas y su esposa, antes bien, para probar la imputación contra Argemiro Ruiz se transcribe una parte del testimonio de Efraím Rodríguez Gamboa, quien da cuenta de un episodio intermedio entre el comienzo y el final de la riña ocurrida, a la vez que se acepta, en lo referente a Samuel González, sin explicación suficiente, sino apenas con base en el auto de proceder, pero con justicia sí, que obró en estado de ira por grave e injusta provocación".

Anota después que "el Tribunal ha reconocido que existía relación de subordinación económica y social entre Argemiro Ruiz y Samuel Gonzáles y su esposa. ¿Qué valor le dio a esa situación especialísima? Para la calificación de la delincuencia, ninguno. Esto es, desechó un dato de innegable valor. Debe notarse que la sentencia, que no se refiere para nada a las agresiones que personalmente hubiera recibido Samuel González, para él sí acepta el intenso dolor, esto es, la comunicabilidad por las ofensas de que Fulgencio Rojas y su grupo hicieron objeto a la esposa de Samuel. Lo cierto es —y esto lo comentamos para prestarle apoyo a lo que digamos sobre Argemiro Ruiz— que en Samuel González obró el intenso dolor, porque presenció la manera tan injusta y procaz como insultaron y maltrataron, Fulgencio Rojas y sus acompañantes a su esposa; pero, además, porque a él también lo agredieron (provocación e ira) personalmente. Entonces extraña que el Tribunal le haya negado a Argemiro Rojas igual circunstancia, la ira y también el intenso dolor por grave e injusta provocación de que habla el artículo 28 del Código Penal, pues en autos está acreditado lo siguiente:

"1º Que Argemiro Ruiz era peón o sirviente de Samuel González y su esposa;

"2º Que Argemiro Ruiz permaneció con Bárbara Gutiérrez de González y Samuel González; que oyó y presenció las graves e injustas ofensas de parte de Fulgencio Rojas y su grupo contra sus 'patrones';

"3º Que Argemiro Ruiz también fue víctima de un golpe en la cabeza, aunque no se le haya reconocido por la pericia médica, y

"4º Que por consiguiente, dadas las leyes generales de la psicología, Ruiz debió sentir indignación contra Fulgencio Rojas y sus adláteres, por grave e injusta provocación".

Afirma el señor Fiscal demandante que los dos primeros puntos, inmediatamente antes relacionados, están suficientemente acreditados con los testimonios de Bárbara Gutiérrez y Samuel González, Segismundo Amaya, Arcadio Ayala Bautista y Efraím Rodríguez Gamboa. Dice, asimismo, que el tercero resulta evidenciado no sólo del dicho del mismo Argemiro Ruiz, sino de la declaración rendida por Segismundo Amaya González, quien expresa que aquél "echaba sangre de la cabeza, como del lado izquierdo" (f. 30 v. del Cdno. No. 1). Y que, por último, el procesado Argemiro Ruiz "debió sentir: a) Intenso dolor, porque fue presencial de los terribles acontecimientos de Fulgencio Rojas y su esposa contra sus patrones, Samuel González y su esposa, y b) Ira, porque sufrió personalmente una herida en la cabeza a manos de sus opositores, que no

podían ser otros que Fulgencio Rojas y los suyos".

Observa que "es cierto que Ruiz no confiesa en su indagatoria haber producido el golpe de que se lo acusa; también lo es que no describe, por su misma limitación intelectual, dentro de una deficientísima indagatoria, hecha mal por el funcionario, qué sintió, qué pasó cuando vio a su patrona clavada contra el suelo, prendida por los cabellos con las manos de Fulgencio Rojas y su esposa. Pero de las deficiencias investigativas del estado no se puede sacar nada, absolutamente nada, que no se acople con la lógica, la psicología y la recta administración de justicia. La tendencia de un sindicado ignorante, como Argemiro Ruiz, tenía que ser la de negar haber dado el golpe. Ello no debe perjudicarlo en el momento en que sus Jueces... le vayan a aplicar la ley penal, si hay datos en el expediente que permitan fijar claramente el menor grado de responsabilidad del incriminado. Mucho menos debe disminuír sus garantías el que no haya descrito, porque nadie se lo preguntó, cuál era su estado anímico en el momento en que resolvió pegarle con una piedra a quien, en su presencia, había agredido atrozmente a una mujer que era su patrona. Nosotros podemos afirmar, sin temor a equivocarnos y con el deseo de que la justicia conmutativa tenga operancia, que Argemiro Ruiz sintió intenso dolor e ira por grave e injusta provocación".

Recuerda que Carrara indica que "la ira suscitada por la ofensa a una persona querida no es menos vehemente ni menos justa que la suscitada por una ofensa a nosotros mismos; en ella no entra en juego el egoísmo, sino un sentimiento más noble. ¿Y quién no sentirá con más fuerza los ultrajes y daños causados... a un amigo leal, mucho más que los propios?".

"Al considerar el Tribunal que Argemiro Ruiz no tenía ingerencia en lo que ocurriera a sus patrones, se equivocó flagrantemente en la apreciación de los hechos, ya que no se adentró, como debía hacerlo, en lo que es la idiosincrasia de nuestros campesinos, todavía obedientes y sumisos, leales y nobles, que sacrifican su tranquilidad y hasta su vida por el bienestar de sus superiores. También desconoció el Tribunal, y en esto todavía más ostensiblemente, que Argemiro Ruiz salió herido de la reyerta, y aunque no fue examinado por los legistas, y ni siquiera se pudo dejar constancia de la lesión en la indagatoria, porque ella fue tardía, de ello no se deduce que no haya prueba de tal lesión".

Termina el demandante diciendo que "reitero la petición de que se case la sentencia, haciendo la reducción de pena a favor de Argemiro Ruiz, con aplicación del artículo 28 del Código Penal, en armonía con el 374, ibídem. En subsidio, que por lo menos se aplique el artículo 384 del Código Penal, en relación con el citado artículo 374, ibídem".

La Sala considera:

Es un hecho evidenciado en el proceso y aceptado en la sentencia recurrida, que Argemiro Ruiz, para la época de los hechos de que se le sindica, era "arrendatario" (como lo dice Bárbara Gutiérrez), u "obrero" (como lo declara Samuel González), en una finca de los esposos González-Gutiérrez. También es incuestionable que Ruiz estaba presente cuando sus allegados, ya por ser trabajador en la finca de éstos o por tener la condición de arrendatario en ella, fueron objeto, de parte de Fulgencio Rojas y de la esposa de éste, de agravios verbales y de mofa. Pero lo que no aparece con ese grado de respaldo probatorio que su desconocimiento en el fallo impugnado implique un protuberante error en la apreciación de los elementos de juicio, es que el comportamiento incriminado al reo Argemiro Ruiz se hubiera desarrollado dentro de un estado de ira o de intenso dolor, causado por grave e injusta provocación.

En efecto:

No se discute que el agravio injusto de que se hace víctima a una persona que es particularmente querida, pueda repercutir tan hondamente que origine un estado de dolor intenso. Mas en el caso de autos ese vínculo afectivo ni siquiera está aseverado por Argemiro Ruiz y, apenas como lo hace el demandante, puede señalarse como que existiera entre este procesado y los esposos Samuel González y Bárbara Gutiérrez. De consiguiente, al afirmar el *ad quem* que no resultaba probada la circunstancia atenuante prevista en el artículo 28 del Código Penal, en lo que respecta a un supuesto estado de intenso dolor en Ruiz, no incurrió en un manifiesto error en la apreciación de las pruebas, pues el criterio del impugnante bien se puede enfrentar el que presenta el *a quo* al ocuparse de este punto en el fallo de primera instancia, según el cual Ruiz "intervino en la contienda con el único propósito de hacerse solidario con la conducta de su patrón Samuel González".

Por otro aspecto, si se atiende a que Argemiro Ruiz manifiesta que cuando salía del establecimiento donde se inició la riña entre los esposos

Samuel González y Bárbara Gutiérrez, de una parte, y los cónyuges Fulgencio Rojas Cifuentes y Graciela de Rojas, de la otra, fue cuando recibió un botellazo en la cabeza; y si se toma en cuenta que las provocaciones de palabra y de obra de éstos para aquéllos tuvieron lugar dentro de dicha cantina, habiendo salido luego los contrincantes a la calle, seguidos por Ruiz, es lógico deducir que la determinación de éste de tomar parte en los hechos no tuvo como causa la lesión que menciona, sino ese deseo de mostrar su solidaridad con los nombrados Samuel González y Bárbara Gutiérrez. Por lo tanto, no fue este agravio de obra el que llevó a Ruiz a tomar parte en la riña, pues a tal cosa iba cuando al salir detrás de la pareja de cónyuges contrincantes fue herido en la puerta de dicho establecimiento. Así las cosas, como se desprenden del proceso, debe afirmarse que tampoco incurrió el Tribunal Superior de Tunja en manifiesto error en la apreciación de las pruebas, al negar que Argemiro Ruiz hubiera cometido el hecho dentro de un estado de ira provocado por la herida de que se le hizo víctima.

En cambio, es indudable que los esposos Fulgencio Rojas Cifuentes y Graciela de Rojas fueron los provocadores de la riña en que, a más de Samuel González y Bárbara Gutiérrez, también intervino el sindicado Argemiro Ruiz. Y si dentro de esta reyerta éste fue herido (como se desprende de la declaración de Segismundo Amaya González, f. 30 v. del Cd. No. 1), es del caso aceptar que los hechos imputados a Ruiz sucedieron dentro de la circunstancia atenuante prevista en el artículo 384 del Código Penal.

Al no reconocer el *ad quem* la existencia de esta circunstancia minorativa de la sanción, incurrió en error en la apreciación de las pruebas, por lo cual, este cargo propuesto por el demandante con invocación de la causal segunda de casación resulta demostrado, y prospera, asimismo, la causal señalada en el ordinal 1º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto en la sentencia recurrida se dejó de aplicar el citado artículo 384 del Código Penal.

Corresponde, pues, invalidar el fallo del Tribunal Superior de Tunja, fechado el seis de noviembre de mil novecientos sesenta y uno, a fin de imponer al procesado Argemiro Ruiz la pena de doce (12) meses de presidio, como pena principal, teniendo en cuenta, como anota el *ad quem*, "la buena conducta anterior del sindicado y que no existen en su contra circunstancias de mayor peligrosidad".

En lo demás, rige la sentencia recurrida.

Como Argemiro Ruiz lleva en detención un lapso mayor de doce meses, corresponde ordenar su libertad inmediata.

—

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *invalida parcialmente* la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, objeto del recurso, a fin de imponer al procesado Argemiro Ruiz la pena de un (1) año de presidio, en lugar de la de dos años que le había señalada.

En lo demás rige la sentencia de que se ha hecho mérito.

Telegráficamente ordénese la libertad incondicional del nombrado Argemiro Ruiz, salvo que aparezca en su contra una orden de detención preventiva por otro asunto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez Abad, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León, Secretario.

ERROR DE DERECHO. — NULIDAD SUPRALEGAL EN PROCESO POR EL DELITO DE ESTAFA POR CONCULCAR SUSTANCIALMENTE EL DERECHO DE DEFENSA DEL ACUSADO. — CAUSAL CUARTA DE CASACION PENAL

1. Es evidente que rituada la segunda instancia del proceso y proferido el auto de 28 de marzo de 1960, mediante el cual se citó a las partes para sentencia, debió el Tribunal dictar el fallo de segundo grado ciñéndose a las reglas contenidas en el artículo 159 del Código de Procedimiento Penal, la última de las cuales prescribe: "Terminará la sentencia con la parte resolutiva en la que, según el caso, se condenará por las infracciones que hubieren motivado el llamamiento a juicio o se absolverá de las mismas; se otorgará la condena condicional o el perdón judicial; se impondrá la obligación de pagar las costas a quien corresponda, y se impondrá la obligación de indemnizar los daños y perjuicios a los que resultaren civilmente responsables, fijándose la cuantía de la indemnización".

Erró, pues, el ad quem cuando, en vez de proceder en la forma indicada, dictó la providencia interlocutoria de 27 de abril de 1960, en la cual resolvió "Revocar, como en efecto revoca, la sentencia revisada, y en su lugar dispone volver los autos al señor Juez de la causa para que dicte la sentencia condenatoria por el delito de estafa".

2. Resulta evidente asimismo que el citado auto del 27 de abril, contra el cual se interpuso el recurso de reposición, no podía ser reemplazado por la sentencia condenatoria del 26 de octubre de 1960, sino por otro auto interlocutorio, mediante el cual se revocara la providencia recurrida y se ordenara poner a despacho la causa para fallo, brindando así a las partes la oportunidad de alegar lo que estimaran conducente frente al prejuzgamiento del Tribunal.

Las informalidades anotadas conculcaron sustancialmente el derecho de defensa del acusado, que garantiza la norma superior contenida en el artículo 26 de la Constitución Nacional. Los argumentos aducidos por el Agente del Ministerio Público y por el señor apoderado del recurrente son idóneos, en su esencia, para demostrar la nulidad supralegal alegada y, en consecuencia, prospera la causal cuarta de casación invocada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diez y nueve de septiembre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos:

Mediante sentencia del veintiséis de octubre de mil novecientos sesenta, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali condenó a Aurelio Henao Jaramillo a la pena principal de dos años y diez meses de prisión y doscientos pesos de multa, más las accesorias correspondientes, por considerarlo responsable del delito de estafa. Igualmente lo condenó "al pago de los perjuicios causados por la infracción".

Contra la sentencia del *ad quem* interpusieron oportunamente el recurso extraordinario de casación el procesado, su defensor y el señor Fiscal Primero del Tribunal nombrado. Concluído el trámite propio del recurso, procede esta Sala de la Corte a decidirlo.

Antecedentes.

Consultando la realidad procesal, los hechos a que se contrae el proceso fueron expuestos por el Tribunal de instancia en auto del 25 de agosto de 1958, mediante el cual se confirmó el llamamiento a juicio proferido por el *a quo*. He aquí la referida síntesis histórica:

"El 13 de septiembre de 1956 se presentó una persona no identificada todavía al Banco del Comercio —Sucursal de Cali— y, llevando el volante que se pone en las chequeras para la entrega de otra nueva, solicitó una a nombre del señor Luis Duque, cliente de ese establecimiento. La chequera, que contenía los cheques del número 390301 al 390350, le fue entregada sin dificultad. Dos días después, es decir, el 15 de septiembre, se presentó otro (o el mismo) sujeto, tampoco identificado y, a nombre del señor Luis Duque pidió que se le vendiera un giro telefónico sobre Palmira, por la cantidad de quince mil trescientos pesos y a favor del señor Mario Enrique Velásquez. Al efecto presentó el cheque número 390301, Serie AB, por la suma mencionada y extendido a favor del banco girador. El trámite del giro se cumplió como de constumbre: la señorita Adeila Cabal, empleada del Banco, hizo los papeles de rigor, los pasó al tenedor de libros para efecto de ver si había saldo en la cuenta de Duque, y una vez constatada la existencia del saldo, fue regresado el giro a la misma señorita Cabal, quien lo pasó al 'visto bueno' de su jefe, señor Elías Moreno Sarria, a quien el sujeto que solicitaba el cheque le dijo que éste sería cobrado en Palmira directamente por su beneficiario. Ultimados los trámites, se hizo el giro llamando por teléfono a la Sucursal de la ciudad últimamente citada, y ese mismo día se presentó allá un individuo (que fue posteriormente identificado por los empleados que lo atendieron, y que resultó ser Aurelio Henao Jaramillo), quien cobró el cheque recibiendo el valor de éste, menos el valor de la comisión del Banco, del timbre y de la llamada telefónica. Días después, al serle pasada al señor Luis Duque su extracto de cuenta corriente, este señor se presentó al Banco a reclamar por lo que él juzgaba una equivocación de esta entidad al cargarle en su cuenta la suma de quince mil trescientos pesos como girados por él, cuando en realidad no lo habían sido ni el cheque pertenecía a su chequera. Fue así como se vino a descubrir que el Banco había sido víctima de una estafa, perpetrada por medio de una falsedad documental. Se comenzaron las averiguaciones, y las sospechas recayeron sobre Aurelio Henao, quien el 15 de septiembre, es decir, el mismo día que se llevaba a cabo el timo, había pedido permiso para viajar a Calarcá con el pretexto de visitar a su señora madre, y que en los días posteriores se había conducido de tal modo con sus compañeros y sus superiores del Banco, que había obligado a éstos a destituírlo del cargo. Pero comoquiera que Henao estaba concurriendo a las oficinas del Banco del Comercio a reclamar su cesantía, entonces se pusieron de acuerdo los directores de esta entidad con los de Palmira para que de esa ciudad vinieran a Cali los empleados que habían atendido al supuesto Mario Enrique Duque Velásquez y le habían pagado el giro. Al anunciarse el día 11 de octubre que Henao Jaramillo estaba en las oficinas del Banco, con el fin ya dicho, se le pidió que volviera por la tarde, y, entre tanto, se hizo venir de Palmira a los empleados en mención, que eran los señores Alonso Rebolledo, Carlos Enrique Núñez y la señorita Laura Morris, a todos los cuales se les hizo que, con las precauciones del caso, vieran a Henao, y todos ellos estuvieron de acuerdo en que éste era el individuo que había cobrado el giro. Posteriormente lo identificaron también en rueda de presos. Con estos datos se procedió a detener a Henao y se le sometió a indagatoria" (fls. 252 a 253, Cuaderno 1º).

El mérito del sumario fue calificado por el Juez Primero Superior del Distrito Judicial de Cali en providencia del catorce de junio de mil novecientos cincuenta y ocho, cuya parte resolutiva, en lo pertinente, dispuso: "*Abrir causa criminal,* y sin intervención del Jurado, contra Aurelio Henao Jaramillo, de condiciones civiles expresadas, por los delitos de la falsedad en documentos y de la estafa, en concurso real, de que, respectivamente, tratan el Capítulo III del Título IV y el Capítulo IV del Título XVI, ambos del Libro Segundo del Código Penal, en armonía con el Capítulo III del Título I del Libro Primero de la misma obra".

Habiendo apelado de esta providencia el procesado, el Tribunal la confirmó en la suya del veinticinco de agosto del mismo año, auto contra el cual interpuso el recurso de reposición el apoderado de Henao Jaramillo. En proveído del 17 de septiembre siguiente, el *ad quem* resolvió "no reponer la providencia recurrida".

Concluyó la primera instancia del proceso con la sentencia del 21 de junio de 1959, en la cual se absolvió al acusado de los cargos que se le formularon en el auto de proceder (fls. 32 a 40, Cuad. 2º). Consultado dicho fallo con el superior, éste, en providencia del 27 de abril de 1960, decidió lo siguiente: "*Revocar,* como en efecto revoca, la sentencia revisada, y en su lugar dispone volver los autos al señor Juez de la causa para que dicte la sentencia condenatoria por el delito de *estafa*" (fls. 61 a 67, id.).

Tanto el señor Fiscal Primero del Tribunal de instancia como el defensor del procesado interpusieron el recurso de reposición contra la citada

providencia del 27 de abril, fundándose en los motivos que aquella corporación, compendiando el pensamiento de los recurrentes, recogió en los términos que a continuación se transcriben:

"En el memorial a que se ha hecho referencia en primer término, es decir, en el del señor defensor, manifiesta éste que la providencia cuya reposición solicita no es una sentencia por cuanto se limita a ordenarle al Juez de la causa que dicte sentencia en determinado sentido, rompiendo así los principios que señalan y protegen la independencia de estos funcionarios, a quienes la ley ha facultado para resolver con su personal criterio las cuestiones a ellos sometidas, sin permitir que el superior les ordene lo que deben hacer en ese campo, lo cual equivaldría a violentar la conciencia de esos funcionarios, ya que se les obligaría a condenar, aun cuando estimaran que el procesado es inocente.

"Termina solicitando que si el Tribunal cree que Aurelio Henao es responsable se le condene, pero que esa condenación se haga por el mismo Tribunal en lugar de ordenarle al Juez que la pronuncie. Aclara que, en su concepto, así como en el del Fiscal Primero del Tribunal, en el del Juez de la causa y en el de su Fiscal, Henao no es responsable del delito que se le imputa, y que, por lo tanto, debe declararse su inocencia.

"Por lo que hace a la solicitud del señor Fiscal, se basa en los mismos argumentos que la del defensor. A saber: que, a su juicio, la providencia del Tribunal no es una sentencia sino un auto, y no lo es por cuanto no decide definitivamente sobre lo principal del juicio como quiere el numeral 1º del artículo 156 del Código de Procedimiento Penal. En consecuencia, ese proveído es reponible y de ahí que solicite su reposición para que en su lugar se absuelva al procesado. En caso de que el Tribunal insista en que se trata de una sentencia, pide el señor Fiscal que se declare la nulidad de la misma con base en lo dispuesto por el artículo 26 de la Constitución, ya que, en su concepto, se han pretermitido las formas propias del juicio. Considera también el referido funcionario que no hay en los autos base suficiente para condenar a Aurelio Henao Jaramillo, y pide que se le absuelva. Interpone, finalmente, el recurso de casación para el caso de que se considere que la providencia recurrida es una verdadera sentencia".

El Tribunal, al desatar el recurso en cuestión y previo el estudio de los argumentos ofrecidos por los recurrentes, llegó a las siguientes conclusiones: a) La providencia recurrida no es una sentencia, sino un auto interlocutorio; b) Consecuentemente, contra ella era procedente el recurso de reposición; c) Al admitir dicho recurso, "quedan sin base las peticiones que sobre nulidad se han hecho, tanto por el señor defensor como por el señor Fiscal"; d) "... es necesario reponer la providencia recurrida por no existir para casos como el presente una disposición legal que autorice, como lo hace en otras partes el Código de Procedimiento, la devolución del expediente, a fin de que, sin tomar en cuenta la opinión del Juez, éste haga lo contrario de lo que había hecho en un principio"; e) El análisis de los elementos de juicio obrantes en el proceso demuestra a plenitud la responsabilidad penal del procesado en cuanto al delito de estafa.

Sobre estos presupuestos, el *ad quem,* en el ya citado fallo del 26 de octubre de 1960, resolvió:

"*Reponer* la providencia recurrida. En su lugar se dispone:

"1º *Reformar* la sentencia de primera instancia pronunciada por el señor Juez Primero Superior en el presente caso, en el sentido de *condenar* a Aurelio Henao Jaramillo a la pena de *dos años y diez meses* de prisión y doscientos pesos de multa por el delito de *estafa.* También se le condena a las siguientes sanciones accesorias: a) Interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo ya mencionado; b) Pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro; c) Suspensión de la patria potestad durante el tiempo de la condena. Una vez ejecutoriada esta sentencia se librará la correspondiente boleta de encarcelación.

"Se le condena, asimismo, al pago de los perjuicios causados por la infracción.

"2º *Confirmar,* en lo demás, la providencia revisada".

Demandas de casación.

El señor defensor del procesado y el representante del Ministerio Público formularon dentro de los términos legales las correspondientes demandas de casación contra el fallo recurrido, y a ellas se referirá la Sala en el orden en que fueron presentadas, no sin advertir que en ambas se invoca, como causal única, la prevista en el numeral 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

I. *Impugnación del apoderado.*

El libelo presentado por el doctor Francisco Chaves Cajiao, en ejercicio del poder conferido por el acusado, aparte de una breve alusión a los

hechos y de una síntesis comentada de la actuación procesal, plantea y sustenta la acusación en estos términos:

"Aduzco como única Causal de Casación la contemplada en el numeral 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, ya que el pronunciamiento de la sentencia, en la forma en que se tuvo, determinó el desconocimiento de sagrados derechos del acusado, el quebrantamiento de las formas propias del juicio y la incursión en la Nulidad Constitucional que se genera por violación del artículo 26 de la Carta Fundamental.

"a) El proceso entraña violación de los artículos 185 del Código de Procedimiento Penal y 489 de la Ley 105 de 1931, en cuanto el primero refiere a los artículos 487 a 489 del Código de Procedimiento Civil, del trámite y decisión del Recurso de Reposición, y el último de los nombrados establece claramente que este recurso ordinario se decide mediante un auto interlocutorio. He aquí su tenor literal:

'Artículo 489. *Del auto que decide sobre la reposición* no se puede pedir otra nueva, salvo que contenga puntos no decididos en la primera providencia'. (El subrayado es mío).

"La corporación providente decidió el recurso de reposición mediante una sentencia, violando así las normas legales en cita.

"b) No habiéndose observado la plenitud de las formas propias del juicio se ha incurrido en Nulidad Constitucional, con menoscabo del derecho del acusado para exigir ser juzgado por Jueces Imparciales, calidad que perdieron los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión, al pronunciarse sobre la esencia del negocio en la providencia del 27 de abril de 1960.

"Si los integrantes de la Sala no se declaraban impedidos, como debieron hacerlo, al decidir el Recurso de Reposición, era durante el término de ejecutoria del correspondiente auto cuando el enjuiciado o su Procurador Judicial podíamos y habríamos hecho uso del derecho que consagra el artículo 76 de la Ley 94 de 1938, y con base en la Causal de que trata el numeral 4º del artículo 73, ibídem. No viene al caso examinar si se configura o no el impedimento y/o el correspondiente motivo de recusación; ello habría sido objeto del trámite que prevé la Ley Adjetiva, pero diáfanamente se concluye que la pretermisión de esa fórmula del juicio —decidir la reposición mediante un auto y esperar su ejecutoria antes de entrar a dictar sentencia— negó al procesado una prerrogativa concedida y reglamentada por la ley, conformándose así la nulidad que invoco. Expresamente se ha pronunciado esa corporación sobre el particular cuando ha dicho y reiterado:

'Para que la nulidad constitucional prospere es menester que no sólo se afirme que un procedimiento debió ser acogido en lugar de otro, sino que fueron violados derechos y prerrogativas especiales consagrados por la ley en beneficio del procesado'. (Cas. 15 diciembre, 1950, LXVIII, 827; 11 julio 1952, LXXII, 677; 23 enero 1953, LXXIV, 150; 7 diciembre de 1955, LXXXI, 874).

"La inobservancia del trámite procesal adecuado, según cargo del aparte a), restó al procesado la oportunidad legal de recusar a sus juzgadores con perjuicio de sus derechos y en clara violación del artículo 26 de la Constitución Nacional".

II. *Impugnación del Ministerio Público.*

Tras un resumen de los hechos y de la actuación cumplida en el proceso, con preferente cita de las providencias sobre las cuales incide el motivo de impugnación alegado, el señor Fiscal Primero del Tribunal desarrolla su pensamiento así:

"Fundo mi demanda de casación en la causal 4ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que dice:

'Cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad'.

"El Tribunal Superior de Cali violó con su proveído de 27 de abril de 1960 los artículos 156 y 159 del Código de Procedimiento Penal, y con su providencia del 26 de octubre de ese mismo año vulneró el artículo 194 de la obra citada.

"*Razonamiento jurídico:*

"Dice el artículo 156 de la Ley procedimental que 'las resoluciones que se dicten en el proceso penal se denominan autos y sentencias, y se clasifican así: 1º *Sentencias* si deciden definitivamente sobre lo principal del juicio, sea que se pronuncien en primera o segunda instancia, o a virtud de recurso extraordinario; 2º Autos interlocutorios que son... los que resuelven algún incidente del proceso y los demás que contengan resoluciones análogas'.

"La providencia que acuso, no obstante su carácter de sentencia, no decidió definitivamente sobre lo principal del juicio ni cumplió con el

parágrafo 6º del artículo 159 de la obra citada cuando expresa: 'Terminará la sentencia con la parte resolutiva en la que, según el caso, se condenará por las infracciones que hubieren motivado el llamamiento a juicio o se absolverá de las mismas'.

"La sentencia penal pronunciada consiguientemente al debate es siempre definitiva, no en cuanto sea en todo caso la última sentencia posible en el procedimiento, sino en cuanto define, esto es, cierra el juicio en el grado que se pronuncia.

"Aquí, a pesar de su aspecto sustancial, no se decidió sobre lo principal del juicio. Vale decir, cerrándolo en la instancia en que se pronunció.

"Basado en la misma causal que arriba enuncié, acuso también el proveído de fecha 26 de octubre de 1960, del citado Tribunal Superior, por ser violatorio del artículo 194 del Código de Procedimiento Penal, que expresa:

'La sentencia definitiva no es reformable ni revocable por el mismo Juez o Tribunal que la hubiere dictado, salvo el caso del error aritmético, en el cual se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil'.

"A pesar de estar viciada de nulidad la providencia del Tribunal mencionado, de fecha 27 de abril de 1960, por no cumplir con lo dispuesto en la ley procedimental, la misma corporación produjo nueva providencia el 26 de octubre del mismo año, reponiendo lo irreponible en ella.

"La ley es muy clara al respecto, y creo que sobran exposiciones de orden jurídico para concluír que se ha violado la norma en mención.

"He aducido la causal 4ª de casación porque comprende exclusivamente el quebrantamiento de la ley procedimental, esto es, todo lo referente a las normas sobre organización judicial, y las que regulan las formas propias de cada juicio a que alude el artículo 26 de la Constitución Nacional, en cuanto acarrea esa violación un vicio de nulidad de los actos procesales. En este sentido la nulidad hay que tomarla como omisión de las formalidades indispensables para la validez de la actuación.

"Bien sé que las nulidades que la honorable Corte puede decretar en el curso del recurso de casación no son otras que las previstas en los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal, pero también, y por excepción, ha admitido la honorable Corte el reconocimiento de las llamadas nulidades constitucionales, por violación directa del artículo 26 de la Carta. En estos casos se trata de garantizar los derechos del procesado y del Ministerio Público, para evitar todo aquello que haya menoscabado sus prerrogativas dentro del proceso penal.

"Las informalidades anotadas a las providencias que ataco afectan vitalmente el procedimiento con manifiesto daño del acusado como parte legítima. Me permito citar lo pertinente dicho por esa honorable Corte en sentencia del 2 de agosto de 1948, así:

'... Es necesario repetir que únicamente cuando la informalidad es sustancial o afecte vitalmente el procedimiento, previa la decisión, en manifiesto daño del acusado o de la parte legítima, es cuando puede decirse que el imperio de la Constitución es quebrantado, y es preciso restablecerla'.

"Concluyo, pues, repitiendo que invoco la causal 4ª de casación que indica la ley procedimental penal, en cuanto violan las providencias mencionadas, y el artículo 26 de la Constitución Nacional, porque con ellas se pretermitieron las fórmulas del juicio, con el consiguiente daño al encausado.

"En consecuencia, solicito, con todo respeto a esa honorable Corte, que ordene reponer el procedimiento a partir del vicio de nulidad que lo invalida, previa infirmación de la sentencia acusada".

Cabe advertir que el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal expresó, dentro de la oportunidad legal, que no hacía uso de la facultad conferida por el artículo 3º del Decreto legislativo número 1154 de 1954 (fls. 17 y 18, Cuaderno de la Corte).

Consideraciones de la Sala:

1ª Es evidente que rituada la segunda instancia del proceso y proferido el auto del 28 de marzo de mil novecientos sesenta, mediante el cual se citó a las partes para sentencia (f. 60 v., cuaderno 2º), debió el Tribunal dictar el fallo de segundo grado, ciñéndose a las reglas contenidas en el artículo 159 del Código de Procedimiento Penal, la última de las cuales prescribe: "Terminará la sentencia con la parte resolutiva en la que, según el caso, se condenará por las infracciones que hubieren motivado el llamamiento a juicio o se absolverá de las mismas; se otorgará la condena condicional o el perdón judicial; se impondrá la obligación de pagar las costas a quien corresponda, y se impondrá la obligación de indemnizar los daños y perjuicios

a los que resultaren civilmente responsables, fijándose la cuantía de la indemnización".

Erró, pues, el *ad quem* cuando, en vez de proceder en la forma indicada, dictó la providencia interlocutoria del 27 de abril de 1960, en la cual, como se ha visto, resolvió "revocar, como en efecto revoca, la sentencia revisada, y en su lugar dispone volver los autos al señor Juez de la causa para que dicte la sentencia condenatoria por el delito de estafa".

2ª Resulta evidente asimismo que el citado auto del 27 de abril, contra el cual se interpuso el recurso de reposición, no podía ser reemplazado por la sentencia condenatoria del 26 de octubre de 1960, sino por otro auto interlocutorio mediante el cual se revocara la providencia recurrida y se ordenara poner a despacho la causa para fallo, brindando así a las partes la oportunidad de alegar lo que estimaran conducente frente al prejuzgamiento del Tribunal.

3ª Las informalidades anotadas conculcaron sustancialmente el derecho de defensa del acusado, que garantiza la norma superior contenida en el artículo 26 de la Constitución Nacional. Los argumentos aducidos por el Agente del Ministerio Público y por el señor apoderado del recurrente son idóneos, en su esencia, para demostrar la nulidad supralegal alegada, y, en consecuencia, prospera la causal cuarta de casación, por ambos invocada.

4ª Prosperando el recurso de casación interpuesto, hay lugar a proceder en la forma indicada por el ordinal b) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal.

DECISION:

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *invalida* el fallo acusado de que se ha hecho mérito, y *ordena* devolver el proceso al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, para que se reponga el procedimiento, conforme a lo expresado en la parte motiva, a partir del auto de veintisiete de abril de mil novecientos sesenta (fls. 61 y ss., cuaderno segundo).

Cópiese, notifíquese, cúmplase y publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

DERECHO DE DEFENSA

Formalidades del juzgamiento. — Asistencia jurídica al sindicado. — Entre las formas propias del juicio penal son de extraordinaria importancia aquellas que se refieren al efectivo ejercicio del derecho de defensa. —Objetivos primordiales del proceso penal.

El precepto contenido en el artículo 26 de la Constitución Nacional señala que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante el Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

Y una de las formalidades del juzgamiento, ha dicho la Corte, es la de que "el procedimiento en todos estos casos garantice al sindicado los medios de defensa". (Sentencia de 13 de noviembre de 1928, G. J., t. XXXVI, p. 203).

Este derecho de defensa se concreta en las diferentes facultades que la ley de procedimiento le confiere al procesado para ejercitarla. Consiste, como anota Vincenzo Manzini, en una "actividad procesal dirigida a hacer valer ante el Juez los derechos subjetivos y los intereses jurídicos del imputado". Es el derecho de probar y de alegar la inocencia o cualquiera circunstancia que modifique el grado de la responsabilidad.

El Código de Procedimiento Penal, al ocuparse de esta trascendental garantía, dispone que el sindicado cuente con la asistencia jurídica de quien pueda adelantar su defensa, y realmente la lleve a cabo (arts. 104, 107, 432 y 433, entre otros). Es obvio que esta asistencia jurídica no consiste en que el apoderado únicamente tome posesión de su cargo.

Esta Sala observa que "no puede negarse que entre las formas propias del juicio penal, son de extraordinaria importancia aquellas que se refieren al ejercicio efectivo del derecho de defensa, y las dos manifestaciones primordiales de éste son la producción de pruebas y los alegatos orales o escritos. La sentencia que condena a un reo sin que los Jueces hayan oído su defensa o sin que se le hayan dado los medios de aducir pruebas, es violatoria, no sólo de la ley de procedimiento, sino también de la Constitución Nacional". (G. J., t. LXXVI, No. 2134, págs. 434 y ss.).

Es incuestionable que la búsqueda de la verdad y la aplicación justa de la sanción, como objetivos primordiales del proceso penal, únicamente resultan legítimos si se asegura al sindicado una efectiva defensa. Y ésta implica su asistencia jurídica cuando éste, por falta de los conocimientos pertinentes, no puede valerse por sí mismo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, veinte de septiembre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos:

Cumplidos los trámites correspondientes, procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de 21 de enero de 1960, por la cual le fue impuesta al procesado Manuel Jaramillo Urrego la pena principal de veinte (20) años de presidio, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Francisco Antonio Quintero Marín, fallo en el cual se sobreseyó temporalmente en favor del sindicado Silvino Torres Ortiz, con respecto al mismo delito.

Hechos y trámite del negocio.

El juzgador de primera instancia resume los hechos en la forma siguiente:

"Poco más o menos a eso de las cinco o seis de la tarde del día veintiuno de junio del corriente año..." (1959), "se encontraba el señor Francisco Antonio Quintero Marín en casa de Juan y Bárbara Linares, ubicada en el área urbana del Corregimiento de Palocabildo...", Municipio de Falán (Tolima), "lugar donde residió Quintero Marín, y en esos instantes se dedicaba a suministrarse los alimentos de la tarde. De un momento a otro se presentaron dos sujetos a dicha casa. Uno de ellos...", después de saludar a la víctima, se lanzó contra ella, atacándola con arma corto-punzante...; "luego actuó el otro sujeto que acompañaba al primer agresor, y en esa forma ultimaron violentamente al desarmado campesino, quien tranquilamente se encontraba en su casa de habitación".

Adelantada la averiguación, y por cuanto los sindicados Torres Ortiz y Jaramillo Urrego no fueron hallados, se les declaró reos ausentes y se les designó como defensor de oficio al señor Darío Reyes, "por no haber en la localidad abogados titulados e inscritos" (fs. 69 a 71 del Cdno. No. 1).

Posteriormente, en desarrollo del procedimiento señalado en el Decreto 012 de 1959, el Juzgado 151 de Instrucción Criminal declaró clausurada la etapa investigativa, y profirió la sentencia de primera instancia, mediante la cual se impuso a los nombrados Torres Ortiz y Jaramillo Urrego la pena principal de veinticuatro años de presidio.

Notificado este fallo por edicto, se dispuso su consulta con el Tribunal Superior de Ibagué.

El *ad quem*, en providencia de 14 de octubre de 1959, dispuso que "la defensa de los procesados Jaramillo Urrego y Torres Ortiz, en esta instancia, estará a cargo de los doctores Máximiliano Ochoa G. y Jesús María Guzmán, respectivamente" (f. 109 del Cdno. citado), abogados que tomaron posesión de su cargo, pero que no lo ejercieron, pues fuera de firmar el acta en la cual juraron "cumplir bien y fielmente con los deberes que el cargo les impone" (f. 110 del Cdno. ib.), ninguna otra intervención tuvieron en el negocio.

Tres folios más adelante aparece en el expediente la sentencia de segunda instancia (fs. 113 a 116), sin que el Ministerio Público ni los defensores (como de éstos ya se dejó anotado) presentaran alegación alguna, fallo mediante el cual se reforma el que profirió el *a quo*, en el sentido de rebajar a veinte años de presidio la pena de veinticuatro que se le había impuesto a Manuel Jaramillo Urrego, y de sobreseer temporalmente en favor de Silvino Torres Ortiz.

Demanda de casación.

El demandante, doctor Néstor Aya, propone las causales cuarta, segunda y primera de casación, si bien da preferencia a la primeramente citada, respecto de la cual dice lo siguiente:

"Lo cierto es que ninguno de los defensores presentó alegato alguno, ni en la primera instancia ni en la segunda. Eran tres los defensores y ninguno de ellos ejerció la defensa.

"En repetidas ocasiones he sostenido que el derecho de defensa no puede consistir en una facultad en sentido estático, sino que es y debe entenderse como una facultad en sentido dinámico, es decir, regularmente ejercida para la obtención de determinados fines que no pueden ser otros que el reconocimiento exacto de los derechos del procesado ante la ley penal, su juzgamiento con el pleno cumplimiento de las formas propias del juicio para el reconocimiento de la realidad procesal. Si el defensor del procesado nada dice, nada alega, nada pide, y el Juez o Magistrado no lo requieren, no lo conminan al cumplimiento de sus deberes, jamás podría afirmarse que la defensa fue ejercida, que se oyó al procesado.

"La ley no quiere meras apariencias cuando consagra los derechos del ciudadano ante la justicia. Si ello se aceptara, los procesos serían verdadera farsa, sin objeto alguno, porque con ellos o sin ellos jamás se cumpliría el precepto de dar a cada cual lo que le pertenece, de procurar por todos los medios saber qué le pertenece a cada cual".

Y, con fundamento en la causal segunda de casación, el impugnante solicita que se invalide la sentencia recurrida para que, en cambio, se absuelva a su mandante, pues, dice, el juzgador de segunda instancia incurrió en error en la apreciación de las pruebas tomadas en cuenta para condenar a Jaramillo Urrego, particularmente al estimar la credibilidad de los testimonios rendidos por Bárbara Linares y María Teresa Linares.

Apoyándose en el cargo hecho con invocación de la causal segunda de casación, el demandante estima pertinente, asimismo, el motivo de invalidación del fallo recurrido, señalado en el or-

dinal 1º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Concepto del Ministerio Público.

El señor Procurador 1º, Delegado en lo Penal, considera que "en el juicio de que se trata se incurrió en una nulidad de carácter absoluto, que como tal, vicia la actuación cumplida, siendo, por lo mismo, preciso que se reponga el procedimiento a partir del auto de fecha 4 de septiembre de 1959, y de acuerdo con las normas consagradas en el Código de Procedimiento Penal, pues bien se sabe que el Decreto legislativo número 0012 de 1959 ha dejado de regir".

Anota el señor Agente del Ministerio Público, como respaldo de su concepto, lo que pasa a transcribirse:

"Se evidencia clarísimamente que este procesado...", Manuel Jaramillo Urrego..., "careció de toda defensa en una y otra instancias del juicio que se le siguió en contumacia. Y la falta de defensa suya llegó al extremo de que durante la tramitación de la primera instancia no se le nombró como apoderado a un abogado titulado, sino a un modesto ciudadano, ajeno por completo a las disciplinas jurídicas, a quien se le dio posesión como representante suyo (f. 71) después de que contra Jaramillo Urrego se profirió auto de detención preventiva y se le declaró reo ausente (fs. 62 y 69).

"Y la única actuación ejecutada por el ciudadano nombrado como apoderado, consistió en firmar el acta de posesión del cargo habiéndose abstenido de alegar una vez que fue cerrada la investigación, conforme a lo previsto en el artículo 3º del Decreto 0012 de 1959.

"Y si esto ocurrió ante el Juzgado del conocimiento, cosa por el estilo sucedió ante el honorable Tribunal sentenciador, como que la falta de defensa del acusado también es patente en la segunda instancia, pues los señores abogados que, mediante auto visible al folio 109, fueron designados como defensores de los acusados Jaramillo Urrego y Torres Ortiz, nada hicieron en favor de sus representados, no pidieron pruebas, como tampoco alegaron durante el respectivo término de fijación en lista".

Agrega el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, que estando perfectamente fundado el cargo hecho con invocación de la causal cuarta de casación, resulta innecesario el examen de las demás causales señaladas por el demandante.

La Sala considera:

El demandante, como lo estima el señor Agente del Ministerio Público, ha probado el cargo que hace a la sentencia recurrida con invocación de la causal cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, pues tal fallo fue pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

En efecto, el procesado recurrente careció de toda defensa, por lo cual se violó el precepto contenido en el artículo 26 de la Constitución Nacional.

En esta norma señala la Carta que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante el Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

Y una de las formalidades del juzgamiento, ha dicho la Corte, es la de que "el procedimiento en todos estos casos garantice al sindicado los medios de defensa". (Sentencia de 13 de noviembre de 1928, *G. J.*, t. XXXVI, p. 203).

Este derecho de defensa se concreta en las diferentes facultades que la ley de procedimiento le confiere al procesado para ejercitarla. Consiste, como anota Vincenzo Manzini, en una "actividad procesal dirigida a hacer valer ante el Juez los derechos subjetivos y los intereses jurídicos del imputado". Es el derecho de probar y de alegar la inocencia o cualquiera circunstancia que modifique el grado de la responsabilidad.

El Código de Procedimiento Penal, al ocuparse de esta trascendental garantía, dispone que el sindicado cuente con la asistencia jurídica de quien pueda adelantar su defensa y realmente la lleve a cabo (arts. 104, 107, 432 y 433, entre otros).

Al respecto, es obvio que esta asistencia jurídica no consiste, como ocurrió en este proceso, en que el apoderado únicamente tome posesión de su cargo.

Esta Sala observa que "no puede negarse que entre las formas propias del juicio penal, son de extraordinaria importancia aquellas que se refieren al ejercicio efectivo del derecho de defensa, y las dos manifestaciones primordiales de éste son la producción de pruebas y los alegatos orales o escritos. La sentencia que condena a un reo sin que los Jueces hayan oído su defensa, o sin que se le hayan dado los medios de aducir pruebas, es violatoria, no sólo de la ley de procedimiento, sino también de la Constitución Nacional". *(G. J.*, t. LXXVI, No. 2134, págs. 434 y sigs.).

Es incuestionable que la búsqueda de la verdad y la aplicación justa de la sanción, como

objetivos primordiales del proceso penal, únicamente resultan legítimos si se asegura al sindicado una efectiva defensa. Y ésta implica su asistencia jurídica cuando él, por falta de los conocimientos pertinentes, no puede valerse por sí mismo.

Y siendo evidente que en este proceso el reo Manuel Jaramillo Urrego careció de dicha asistencia jurídica, pues sus defensores se limitaron a tomar posesión del cargo, es obvio que la sentencia acusada, como se dejó dicho, fue proferida en un juicio viciado de nulidad, por el desconocimiento que en el trámite de las instancias se hizo del derecho de defensa.

Corresponde, por tanto, invalidar el fallo recurrido, a fin de que se reponga el procedimiento en la forma que señala el señor Agente del Ministerio Público.

Esta invalidación y nulidad no afecta el sobreseimiento temporal proferido en favor del sindicado Silvino Torres Ortiz.

Como prospera la causal cuarta de casación, según lo que se dejó examinado y dicho, es innecesario el examen de los cargos que el demandante hace con invocación de los numerales 2º y 1º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, *casa* la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de 21 de enero de 1960, a fin de que se reponga el procedimiento en la forma indicada en la parte motiva de este fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez Abad, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León, Secretario.

PREVARICATO

1. Resulta muy difícil concebir que se reúnan los elementos estructurales de un prevaricato cuando en la interpretación y valoración de una determinada prueba que obra en un proceso de controvertida solución por los variados aspectos jurídico-penales que contiene, los criterios de los funcionarios que han de fallarlo discrepan de tal modo que los que no propugnan determinada decisión, resulten delincuentes, en tanto que los que sostienen la que favorece y propugna la parte interesada, en otra distinta, sí obraron conforme a derecho.

Esto sería como atribuír a dicha parte la facultad de apreciar en dónde está la verdad y realidad jurídico-legal del caso, pues la discrepancia de sus puntos de vista, porque no es acogida, ya constituye un acto delictuoso. No puede ser esto en manera alguna un criterio seguro para tener a los funcionarios judiciales como prevaricadores. Se dejaría entonces a merced de las alternativas desfavorables de un proceso, a que sólo por esto se les declarara delincuentes.

Si un prevaricato fuera así reconocido, tendría que existir una especie de comparticipación dolosa por el solo hecho de coexistir las tesis de los funcionarios incriminados con las de otros que no lo fueron y que participaron de idéntico criterio al que la acusación considera que fue seguido, no con el ánimo de hacer justicia, sino el de ejecutar un acto injusto o arbitrario, contrario a la ley, a sabiendas de ello y por los motivos determinantes de animadversión con alguna de las partes.

Unas mismas tesis darían ocasión de esta suerte a que los que las compartieran fueran tratados dentro de la ley en forma diferente, sólo porque el denuncio acusa a unos funcionarios y excluye a otros, puesto que si hubiera prevaricación, todos serían igualmente responsables, ya que si los elementos que tipifican el delito se manifiestan y comprueban, no hay razón alguna para excluír de dolo a quienes también compartieron el criterio de los funcionarios acusados.

2. Tipifican el delito de prevaricato los siguientes elementos: a) Calidad de funcionario o empleado público, permanente o transitoria, en el sujeto activo del delito; b) Que se profiera a sabiendas de ser contraria a la ley, expresa o manifiestamente injusta, sentencia, resolución o dictamen; c) Que un acto propio de las funciones inherentes al cargo se niegue, rehuse o retarde, y d) Que la antipatía o animadversión hacia un interesado constituya el motivo determinante de esas acciones. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte, en providencia de 4 de junio de 1962, dice lo siguiente: "Si ninguno de estos elementos, que fijan el tipo legal y constituyen la antijuridicidad del acto para merecer el reproche penal que conduce a la sanción, y se encuentran reunidos en el proceso, o falta uno cualquiera de ellos, la acusación por tal delito carece de contenido jurídico, porque no se ha violado la ley. Ello, porque en toda infracción, tanto los elementos objetivos como subjetivos que la constituyen, tienen que demostrarse, ya que la ausencia de cualquiera de ellos implica la inexistencia de la misma".

3. Todo el acervo probatorio contenido en los autos conduce a demostrar que el elemento subjetivo del delito que se les imputa, es decir, el dolo específico con que procedieron y sus móviles determinantes, no han encontrado eco alguno probatorio que establezca la violación de la ley penal. De consiguiente, resulta evidente que las decisiones tomadas por los Magistrados, objeto del denuncio, y los fundamentos legales que la sustentan, son bastantes para demostrar que no fueron ellas producto de la malquerencia o del desafecto del ánimo de causar perjuicio a la denunciante.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, septiembre veinte de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A.)

Vistos:

La señora Francisca Steckerl de Loewy, con fecha 18 de marzo de 1960, presentó denuncio en materia penal contra los señores Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, doctores Gilberto Hoyos Ripoll y Luis Felipe Palacio, por presuntos delitos de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones como tales.

Fundamenta su acusación en las actuaciones cumplidas por dichos Magistrados en la tramitación de un proceso que, por el delito de bigamia, fue iniciado en virtud de denuncia formulada por la señora de Loewy contra su esposo, señor Emilio Loewy, y en especial por haber proferido la Sala de Decisión del Tribunal, con ponencia del doctor Hoyos Ripoll, el auto de fecha 25 de febrero de 1960, mediante el cual revoca el auto proferido en primera instancia que disponía llamar a responder en juicio criminal al señor Loewy, y, en su lugar, se decretó el sobreseimiento definitivo en favor del mismo.

La providencia del Tribunal a que se viene haciendo referencia, fue elaborada luego de desestimarse el proyecto presentado por el señor Magistrado Donado Comas, hecho que motivó el salvamento de voto de dicho Magistrado, a quien le había correspondido la elaboración de la ponencia. La señora de Loewy acompaña al denuncio presentado ante la Corte, copia auténtica de la citada providencia del Tribunal, la que obra de folios 1 a 12 del informativo.

La denunciante puntualiza los cargos contra los señores Magistrados, en sus principales apartes, en los siguientes términos:

"... (los acusados) no tuvieron escrúpulo en proferir el proveído de 25 de febrero último, en el cual absuelven al procesado, con flagrante violación de la ley penal, torciendo arbitrariamente el sentido de documentos de fácil e inequívoca interpretación; con absoluto menosprecio de pruebas de cargo irrefutables; mediante la creación de pruebas que favorecieran al incriminado, a quien absolvieron; en fin, abusando ominosamente del poder que la ley puso en sus manos de administradores de justicia, causándome de este modo el más grave daño moral que pueda imaginarse al calificarme judicialmente como una simple amancebada o concubina pública del señor Loewy durante más de 25 años, a quien mi religión y las leyes de mi país de origen me dieron por esposo legítimo. Y convirtiendo, al propio tiempo, a mi hija Silvia Julieta Loewy, en hija putativa...".

"El fallo de mayoría, fuera de su lamentable pobreza dialéctica y de sus faltas contra la gramática y contra la sintaxis, arroja la convicción de que lejos de inspirarse en el deseo de acertar en la solución de esta grave materia, los Magistrados Hoyos Ripoll y Palacio menospreciaron el acervo probatorio que demuestra la responsabilidad del agente, para absolverlo por encima de toda consideración de justicia e incurriendo, además, en falsedades...".

"Los Magistrados Hoyos y Palacio, o no vieron y leyeron las pruebas resplandecientes de la responsabilidad del señor Loewy ni las leyes aplicables al caso, y si las vieron y leyeron, resolvieron ellos solos, por sí y ante sí, *anular mi matrimonio con Emilio Loewy,* legítimo y válido.

"... una nulidad que no fue declarada por las autoridades competentes de Austria ni de Colombia, venga ahora a ser declarada tan abruptamente, tan aberrantemente por dos Magistrados de una Sala Penal, incompetentes —los doctores Hoyos y Palacio—, designándome al mismo tiempo, por la volutad —injusta e ilegal— de esos dos funcionarios, a que se me considere en la sociedad en que vivo como la concubina, como la barragana del señor Loewy desde 1935".

La denunciante se ratificó bajo juramento en el escrito anterior y posteriormente, a solicitud de la Corte, hizo ampliación de los cargos, concretándolos así:

"Yo no los he denunciado a ellos por haber cometido errores o equivocaciones en su célebre providencia, sino por haber falseado a sabiendas y arbitrariamente el texto del Rescripto de la Santa Sede, dándole el valor de una sentencia de nulidad del matrimonio Loewy-Steckerl, abusando de sus funciones, creando caprichosamente una prueba favorable al bígamo Loewy, lo que hicieron a sabiendas, porque ellos conocieron de sobra la providencia del Magistrado Donado, que después se convirtió en su salvamento de voto, ponencia que fue discutida en numerosísimas reuniones de Sala...".

"No se trata de un error ni de una equivocación que puede corregirse mediante una reposición, sino de un invento caprichoso de una prueba favorable al reo Loewy para poder absolverlo, como en efecto lo absolvieron. Se trata

simplemente de la consumación de un hecho arbitrario, antijurídico e injusto, por no tratarse de un error sino de la desnaturalización de un documento con el propósito de crear una prueba favorable al acusado, absolverlo de un grave delito y conseguir la impunidad...".

No obstante las anteriores afirmaciones, la señora de Loewy, al responder una de las preguntas que le fueron formuladas al ser ordenada por la Corte la ampliación de los cargos para que éstos fueran concretados con mayor exactitud, dice que ella "se ha limitado a denunciar los hechos cometidos", no correspondiéndole calificarlos, puesto que tal labor es propia de la justicia, previa la investigación a que haya lugar.

Por tal motivo, y también por la abundancia de memoriales acusatorios, tanto de la denunciante como de la parte civil constituída y reconocida en el proceso, la Corte no encuentra indispensable para los fines de esta providencia reproducir la extensa y completa historia y narración del caso de autos que el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal hace con su acostumbrada pericia, y que la Sala acoge y sustenta como premisas de su decisión.

Con todo, es conveniente hacer a continuación una síntesis de los cargos que se formulan a cada uno de los Magistrados acusados.

En efecto, en relación con el doctor Hoyos Ripoll, la denunciante dice que como antecedente de gran importancia para la apreciación de los hechos, cabe destacar que con ocasión de una causa criminal adelantada por el Tribunal Superior de Barranquilla contra su esposo Emilio Loewy, su defensor, el mismo doctor Hoyos Ripoll se refirió hacia ella en sus alegatos en términos desobligantes, afirmando que era autora de "maniobras y maquinaciones de todo género, nunca vistas ni en este país ni en cualquier otro; haber cometido actos de despojo y atropello, etcétera".

Sobre el mismo particular, agrega:

"Las incalificables expresiones que acabo de transcribir y las que omito por respeto a la honorable Corte, las usó el doctor Hoyos Ripoll contra una mujer. En un proceso que culminó con el llamamiento a juicio de su defendido Emilio Loewy, la misma persona con quien se alió y vinculó como coautor de una atroz campaña de vituperación contra mí, de cuya injusticia y mendacidad es prueba elocuente el sobreseimiento definitivo proferido en mi favor por el honorable Tribunal, con ponencia del recto varón y digno Magistrado a quien aludí poco antes (se refiere al doctor Luis Eduardo Nieto Arteta). Tan injustos, falsos e innecesarios cargos lesivos de mi reputación demuestran con toda evidencia los íntimos sentimientos de aversión y la grave enemistad que ha abrigado el doctor Hoyos contra mí desde entonces, sentimientos que lo inhabilitaron para impartir justicia en el proceso por bigamia en que son partes su patrocinado y su víctima. Y de ahí por qué para absolver al primero y conculcar los legítimos derechos de esposa de la segunda no tuviera inconveniente en consumar un acto tan arbitrario e injusto como el que cometió la caprichosa invención de una prueba favorable al reo y lesiva del interés de la parte civil, asignándole al Rescripto emitido por la Santa Sede un sentido y un alcance altamente contrarios a la inequívoca claridad de su texto...".

"Estos sentimientos de desprecio y animadversión que como acusador exteriorizó el doctor Hoyos contra mí fueron los mismos que orientaron su actuación oficial de Magistrado al elaborar la ponencia del fallo del 25 de febrero de 1960, por medio del cual —creando arbitrariamente una prueba favorable al reo— se absolvió a éste del grave delito de bigamia, a tiempo que se declaró nulo mi matrimonio... Esos sentimientos, tan innobles como persistentes del acusador y del Juez fallador, son los mismos, honorable Magistrado, que acaba de confesar en forma enfática y expresa en el proceso por supuestas falsas imputaciones seguido contra mí por el grave pecado de haber denunciado al señor Loewy por bigamia...".

En lo referente al doctor Luis Felipe Palacio, hace la denunciante las siguientes afirmaciones:

"La arbitrariedad del acto ejecutado por el Magistrado Palacio al proferir el injusto fallo que contiene la declaración y decisión de inexistencia y nulidad de mi matrimonio, válido y legítimo, con grave detrimento de mis sentimientos maternales, de mi honor de mujer, de mi reputación en el seno de mi honesto medio familiar y social al rebajarme al bajo nivel de las hembras placenteras y a la triste condición de las concubinas, pues que a todo ello conduce la monstruosa decisión que comento, tal arbitrariedad —repito— no es por desgracia la única que ha perpetrado el citado funcionario en mi perjuicio. Para lograr este fin proditorio, que repugna a la más elemental condición de justicia, se desnaturalizó, se falseó, se adulteró el contenido ideológico del Rescripto, cuyo texto es de ejemplar claridad, por su corrección gramatical, por su simplicidad, por el empleo de voces de sentido unívoco y por la precisa adecuación de los voca-

blos a la materia sujeta a consulta y decisión del Santo Oficio".

Más adelante agrega sobre el particular la señora de Loewy:

"Un documento de tan admirable nobleza idiomática y de tan obvia interpretación como el Rescripto de la Santa Sede, fue usado por el Magistrado Palacio como instrumento de impunidad de un gravísimo delito de bigamia, con mengua de la justicia y con irreparable perjuicio de una de las partes, acto que no puede atribuírse a negligencia ni a errada interpretación de un texto ambiguo, sino que debe considerarse como un acto positivo de creación arbitraria y caprichosa de una prueba con el determinado y concreto propósito de favorecer al acusado con la más escandalosa impunidad. Pues bien, además de lo ya apuntado, el doctor Palacio ha ejecutado, en mi perjuicio, los siguientes hechos, que por su profunda gravedad y por la funesta repercusión que tiene contra la recta administración de justicia, pongo en su conocimiento, con el solo propósito de impedir el triunfo de la malicia y de la deslealtad...".

Los hechos a que alude la señora de Loewy están suficientemente expuestos en el detenido estudio del proceso que contiene el concepto del señor Agente del Ministerio Público, y por ello no considera la Sala necesario discriminarlos en su totalidad, lo que no obsta para que sean tenidos muy en cuenta en la decisión que deba adoptarse en este proceso, si efectivamente conllevan algún contenido antijurídico.

En la indagatoria a que fueron sometidos los funcionarios acusados, hacen sus respectivos descargos a las imputaciones que les fueron formuladas, las cuales se dejaron sucintamente expuestas.

No es tarea indispensable para los fines de esta decisión la reproducción integral de esas piezas, en las cuales se pone de manifiesto en los funcionarios incriminados el deseo de dar una completa y detallada explicación de todos los puntos a que se refiere la acusación que se les hace, sobre todo en aquellos asuntos en los que con más vehemencia y rotundidad se les quiere imputar que en sus actuaciones en el sonado proceso por bigamia obraron con un criterio distinto de la justicia, movidos por sentimientos de animarversión o simpatía hacia alguna de las partes, o con el propósito de abusar de su autoridad, causando un daño o perjuicio a alguna de las personas que intervinieron en aquel proceso.

Los apartes más destacados de tales piezas se transcriben en seguida:

Preguntado el doctor Hoyos Ripoll sobre su conocimiento y clase de relaciones sostenidas con la señora de Loewy, contestó: "Conozco a la citada señora desde hace más o menos el mismo tiempo que hace que conozco al señor Loewy, con ella no he tenido ni tengo ninguna clase de negocios, ni he sido su cliente, ni tampoco me consta si es cumplida en sus compromisos. Actualmente, a raíz de las denuncias que ha formulado contra mí y sus actitudes desobligantes desde que, en mi carácter de Magistrado de la Sala Penal del honorable Tribunal Superior, suscribí una providencia en un proceso que cursa en aquella entidad, en la cual es parte interesada, ha originado de mi parte una animadversión contra ella que ha creado una grave enemistad entre los dos, razón por la cual así me permití expresarlo en providencias que obran en aquel proceso.

Preguntado: Sírvase decirnos si su impedimento dentro del juicio de bigamia a que se viene refiriendo, ¿fue antes o después de haber proferido el fallo sobre bigamia?

Contestó: El impedimento fue manifestado con posterioridad a la providencia decisoria de la apelación pendiente en el Tribunal, me parece que desde el año de 1957 en el referido juicio, providencia que es materia del recurso de reposición. De tal suerte que los hechos que han originado la grave enemistad entre la señora Steckerl y yo tuvieron ocasión después de dictada la providencia aludida, porque aunque con anterioridad a la fecha del citado proveído la misma señora había presentado memorial de recusación fundado, entre otros hechos, en que yo había sido apoderado del señor Loewy en un proceso distinto, y dizque porque en alguna ocasión le contesté por teléfono en términos fuertes, hechos que yo rechacé y que la honorable Corte los consideró improcedentes para una recusación respaldando mis manifestaciones, copia de cuya actuación solicito sea pedida al Tribunal que obra al proceso por bigamia Loewy y Steckerl...

Preguntado: Díganos, doctor Hoyos Ripoll, si esos sentimientos (de enemistad hacia la señora Steckerl de Loewy) eran suyos desde antes de proferir el auto en que fue ponente, y por el cual sobreseyó en forma definitiva al señor Loewy, y que actualmente es materia de reposición.

Contestó: Dentro de mi manera de ser campechana y sencilla, he tenido la fortuna de no sen-

tir ni odio ni desprecio por nadie, he sido tratado y apreciado de manera amplia por todas aquellas personas que en una u otra forma han tenido alguna relación conmigo, mi lema es servir dentro de la honestidad, tanto que lo he hecho en la vida privada como en la pública. Por ello antes de suscribir el fallo por el que se pregunta, no tenía absolutamente, ni sentía contra mi perseguidora de hoy, la señora Sterckerl, ninguna clase de antipatía ni de repulsión, es decir, que me era indiferente, por ello rechacé la recusación, como dije antes, que formuló contra mí, y cuya determinación mía respaldó la honorable Corte, pero como ya también se dejó dicho con posterioridad al citado fallo, surgieron hechos que considero lesivos a mi persona por parte de la señora Sterckerl, que han influído en mi ánimo para sentir desprecio y aversión a dicha señora, naciendo una enemistad grave entre ella y yo.

Preguntado: Sírvase decirnos si durante el tiempo en que usted sirviera de apoderado del señor Loewy, dentro del negocio de quiebra en que aparece también la señora Sterckerl, ¿tuvo con ésta un incidente personal?

Contestó: En mi transitoria y ocasional actuación en el citado proceso no tuve otra intervención que el haber presentado un escrito sustentando un recurso de reposición, no recordando que ni antes ni después de esa intervención hubiera tenido incidente de alguna naturaleza con la señora Sterckerl.

Preguntado: Sírvase decirnos, ¿por qué motivos la señora Francisca de Sterckerl manifiesta en su denuncia que usted, como apoderado del señor Emilio Loewy, en el memorial de reposición que presentara dentro del juicio de quiebra, hubiera usado términos 'y expresiones tan iracundos y desobligantes contra mí, como ser yo autora de maniobras y maquinaciones de todo género nunca vistas en este país ni en cualquier otro, haber cometido actos de despojo y atropellos', qué tiene usted que decirnos sobre esto?

Contestó: Realmente que dentro de la actividad profesional se encuentra el abogado ante ciertos hechos resultantes de cualquier proceso, los cuales lo hacen pensar que las actividades o actuaciones de la parte contraria reflejan determinaciones que no se ajustan a una sana interpretación de la realidad procesal, y que en el afán de plantear el tema sometido a su consideración se deslizan términos o expresiones que pueden ser fuertes, pero que de ninguna manera pueden considerarse como resultado de animadversión o enemistad contra aquella persona a que aluden.

Preguntado: Sírvase decirnos, doctor Hoyos Ripoll, ¿si —en su concepto— el fallo que usted profirió en forma definitiva, como Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior se ajustó a nuestro ordenamiento jurídico?

Contestó: Habida consideración de que el referido fallo está sujeto a un recurso de reposición, lo cual significa un nuevo estudio por parte de la Sala de todo el proceso, habida cuenta de las razones y argumentos propuestos por las partes, y por otro lado no tengo conocimiento de que haya sido separado del conocimiento de ese negocio en forma legal, estimo, dada la circunstancia anotada, que al contestar la pregunta que se me hace de manera absoluta podría juzgarse como un concepto anticipado sobre la apreciación del caso *sub judice*. Pero en todo caso puedo anticipar que al proferir la referida providencia objeto de esta investigación, solamente se tuvo en cuenta los altos intereses de la Justicia, sin consideración a las partes interesadas''.

El doctor Luis Felipe Palacio, por su parte, en la indagatoria que le fue recibida, expuso, entre otras cosas, lo siguiente:

''... Diga usted, si como funcionario judicial se ha declarado impedido en procesos en que el doctor Blanco Jiménez (apoderado de la parte civil en el juicio por bigamia adelantado contra Emilio Loewy) ha actuado como apoderado, y en caso afirmativo si lo ha hecho varias veces, ¿cuándo lo hizo la última vez y por qué causa?

Contestó: Desde que entré a ejercer el cargo de Magistrado del Tribunal Superior de esta ciudad, por razón de la enemistad grave a que he aludido con el abogado de la referencia, me he declarado impedido en todos los negocios en que él es parte...

Preguntado: Sírvase decirnos si en el proceso antes citado (bigamia contra Emilio Loewy), ¿usted se declaró impedido?

Contestó: Todavía no se me ha presentado esa oportunidad porque el negocio no ha vuelto a mi Despacho para decidir sobre el proyecto que debe resolver la reposición contra la providencia que en principio profirió el Tribunal. Sólo ha llegado a mi Despacho el incidente sobre recusación o impedimento del Magistrado Gilberto Hoyos Ripoll...

Preguntado: ¿Sabe usted o presume o quiere decir quién sería la persona que al conocer como ponente de la apelación de un auto interlocutorio dictado por el Juzgado Segundo Penal del

Circuito de Barranquilla, en un proceso contra la señora Francisca Sterckerl de Loewy, dictara un auto con fecha 26 de mayo de 1960, por lo cual dispuso mantener inactivo el proceso en la Secretaría del Tribunal, mientras se resolvía un incidente de recusación contra dicho funcionario, siendo así que la recusación en referencia había sido propuesta en otro proceso distinto, sin que tuviera ninguna repercusión ni incidencia en el proceso en que tal providencia se dictó, ya que la tal recusación se fundó en la causal de interés y tenía, por lo tanto, un alcance limitado al asunto en que este funcionario fue recusado?

Contestó: El sumario a que se refiere la pregunta es uno de falsas imputaciones contra la señora Francisca Sterckerl que ordenó adelantar la Corte al declarar inocente al Fiscal Segundo Superior del Tribunal Superior de Barranquilla, doctor Eduardo Fuenmayor, coincidiendo la llegada a mi Despacho de ese sumario, con las recusaciones que la señora Sterckerl me hacía a mí para conocer sus negocios, y que se encontraba en la Corte Suprema de Justicia. Como ese proceso era contra ella busqué (sic) lo más prudente esperar la decisión de la Corte, porque si ésta aceptaba la recusación de la señora Sterckerl, de hecho no podía seguir conociendo en los negocios donde ella tuviera interés. Si precisamente para que ella no tomara la actividad mía en este proceso como un acto persecutorio, dispuse esperar, como he dicho, la solución de la Corte. Estoy seguro de que si no lo hubiera hecho así tendría yo la misma acusación, con fundamentos distintos aclaro, con pretextos distintos, esto es, que ahora me estaría haciendo el cargo de que habiéndome recusado, yo tramitaba un negocio contra ella, sin esperar la solución de la recusación.

Preguntado: ¿Sabe usted, o presume, o quiere decir quién sería la persona que al dictar el auto que acaba de citarse causó un retardo injustificado en la administración de justicia, ya que mediante él estuvo paralizado el proceso por falsas imputaciones contra la señora Sterckerl de Loewy durante cinco meses, con lo cual le causó perjuicios procesales a dicha señora al prolongar su condición de procesada, manteniéndola atada a una investigación penal por todo ese tiempo?

Contestó: No se ha causado ningún retardo, ni perjuicio, ni nada de esas cosas que se imagina la señora Sterckerl, la razón de todo eso está expuesta en mi respuesta anterior...

Preguntado: Diga usted si como Presidente del Tribunal Superior de Barranquilla recibió un oficio del honorable Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, doctor Simón Montero T., en el cual dicho funcionario le solicitó copia de lo actuado por el Tribunal en el proceso por bigamia contra el señor Emilio Loewy durante el tiempo que ejerció el cargo de Magistrado el doctor Natera Pertuz.

Contestó: Se recibieron tántos oficios que no recuerdo con precisión ese porque se me pregunta, pero en todo caso si llegó a mi Despacho en calidad de Magistrado, debió haber sido sustanciado como ocurre con todos los que llegan a mi Despacho, y el encargado de expedir las copias es la Secretaría, que, según creo, debieron ser enviados de acuerdo con la solicitud o petición de la honorable Corte Suprema de Justicia...".

Al preguntársele al doctor Palacio cómo explicaba la acusación de la señora Sterckerl de que él no ordenó que se sacaran varias piezas de las solicitadas por la Corte, a objeto de que esta corporación se formara un criterio parcial sobre la realidad del proceso, respondió:

"Todas esas afirmaciones están carentes de veracidad, porque como ya dije antes, al Magistrado cuando se le solicita una copia se limita a ordenarla de acuerdo con la solicitud, y es la Secretaría la que expide las copias o las saca de acuerdo con las solicitudes hechas por el solicitante".

Tanto el Magistrado doctor Hoyos Ripoll como el Magistrado doctor Palacio, en relación con el proceso seguido por bigamia contra el señor Emilio Loewy, sus actuaciones dentro de él, de las que se vale la denunciante para formular sus cargos y el convencimiento legal-moral que los guió en su decisión, afirman: el primero, que "con un pensamiento amplio como es el que debe guiar toda investigación en materia penal, la cuestión presenta aspectos distintos", pues "todo está sujeto al criterio que aplique el juzgador formado a través de los elementos de juicio que obran en el proceso", ya que "considero que todas esas son cuestiones de interpretación dentro del campo que tiene el fallador para apreciar los elementos de juicio que obran en el proceso".

A su turno, y sobre el mismo aspecto, el doctor Palacio anota que "es cuestión de criterio que sólo se forma al momento del estudio que hace el Juez o Magistrado", que "es menester leer todo el proceso que tuve a la vista cuando la Sala pronunció el fallo aludido". Observa además, que dicha providencia fue recurrida en reposición, la que no ha sido resuelta al momento de rendir la indagatoria.

En el abundante acervo de documentos, copias de sentencias, memoriales de la parte acusadora y de la civil que fue reconocida en el proceso, se destacan algunos cuya importancia manifiesta ha valorado y pesado la Sala con el mayor cuidado. Como la Procuraduría hace el recuento de ellos, y es bueno que se conozcan en orden a su trascendencia para las conclusiones finales a que haya lugar, dicha enumeración se transcribe:

"a) Auto de proceder dictado por el señor Juez Primero del Circuito Penal de Barranquilla, contra el doctor Emilio Loewy por la comisión de un delito de bigamia;

"b) Auto proferido por el mismo funcionario, y por el cual no se accede a la reposición del proveído anterior, concediéndose, en cambio, la apelación interpuesta por el defensor del sindicado;

"c) Concepto del señor Fiscal Segundo del honorable Tribunal, que era en ese entonces el doctor Eduardo Fuenmayor, y quien se mostró partidario de la revocación del auto apelado;

"ch) Auto del 25 de febrero de 1960, juntamente con el salvamento de voto, por el cual se revoca la providencia apelada y se sobresee definitivamente a favor del imputado;

"d) Solicitud de reposición del auto anterior, impetrada por el doctor Jorge Salazar, en su calidad de Fiscal Segundo del honorable Tribunal;

"e) Memorial por el cual el señor apoderado de la señora de Loewy interpone también recurso de reposición contra el auto acabado de citar;

"f) Memorial por el cual el mismo señor apoderado refuerza y amplía su escrito anterior, proponiendo, además, un incidente de nulidad;

"g) Memorial del mismo señor apoderado, por medio del cual coadyuva el recurso de reposición interpuesto por el señor Fiscal, y

"h) Proveído por el cual el honorable Tribunal no accedió a la reposición mencionada, y se desechó la declaración de prescripción de la acción penal".

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, a la vista de todos estos elementos de juicio, formula los siguientes conceptos que concretan su pensamiento en relación con la responsabilidad de los sindicados, en orden a las motivaciones de índole jurídica, por las cuales debe llegarse a la conclusión de que no es el caso de llamar a juicio a los procesados:

"Es indudable que la señora de Loewy, al acusar a los señores Magistrados Hoyos Ripoll y Palacio, lo que pretende es que se revise, del proceso por bigamia seguido a su esposo, el doctor Emilio Loewy, la prueba que a los mismos Magistrados, que compusieron la mayoría de la Sala Penal del honorable Tribunal de Barranquilla, les sirvió para formarse un definitivo criterio y adquirir el convencimiento legal moral, a virtud del cual disintieron de los términos de la ponencia presentada por el señor Magistrado sustanciador, y sometida a su consideración y estudio.

"El proyecto definitivamente acordado —dicho sea de paso— fue discutido por la Sala antes de cristalizar en el auto de fecha 25 de febrero de 1960, mencionado al principio, el cual, al ser desatado el recurso de reposición contra él interpuesto, fue confirmado (a pesar de que, como ya se dijo también, la acción penal se hallaba prescrita), por medio del auto de fecha 11 de septiembre de 1961 (fl. 450), pronunciado por la misma Sala, pero esta vez, sin el voto del Magistrado doctor Palacio, porque en reemplazo de éste actuó, como Conjuez, el doctor Jesús María Fontalvo Fontalvo.

"Se quiere —debe repetirse— que esa revisión se concrete especialmente, por no decir únicamente, a la apreciación dada al Rescripto de la Congregación Católico-Romana del Santo Oficio, el cual, según palabras de la señora de Loewy, 'fue falseado a sabiendas y arbitrariamente' para así constituír 'un invento caprichoso de una prueba favorable al reo Loewy para poder absolverlo'; y con el cual, según términos del señor apoderado, se confronta 'la ejecución consciente de un acto de creación arbitraria y caprichosa de una prueba con el determinado y concreto propósito de favorecer al acusado con la más escandalosa impunidad".

"Al propio tiempo, la señora de Loewy y su apoderado recalcan que no hubo o no fueron cometidos 'errores o equivocaciones en su célebre providencia', que 'no se trata de un error ni de una equivocación', que 'no se trata de una errada aplicación de normas legales, ni de una equivocada interpretación del texto del Rescripto emitido por la S. Suprema Congregación del Santo Oficio, ni de una omisión o negligencia de los Magistrados denunciados', todo lo cual implica, que en concepto de dicha señora y de su abogado, los dos señores Magistrados denunciados obraron con dolo *especial* o *específico* demostrativo de una conducta antijurídica y culpable.

"¿Pero cuál sería ésta? Indudablemente que no otra distinta o diferente a la de un prevari-

cato cometido por los doctores Hoyos Ripoll y Palacio al no admitir la ponencia del Magistrado doctor Donado Comas, e imponer, por mayoría, el auto censurado por la acusación.

"... Mas, sin embargo, tal revisión, por parte de la honorable Corte, no es legalmente posible dentro de este proceso penal, precisamente porque el presente se refiere única y exclusivamente al proceder de los dos señores Magistrados acusados y no a otra cosa.

"Es cierto que el auto del cual fueron autores los dos Magistrados acusados, carece de la solidez y profundidad, de la claridad de expresión y de concepción, y de la brillantez en la exposición de los planteamientos, que son propios de los autos de primera instancia y del escrito de reposición presentado por el señor apoderado en ese entonces de la señora denunciante, en el proceso por bigamia. Mas con todo, es también evidente que con el negocio penal en estudio, no se trata de analizar el valor jurídico de unos y otros autos, en forma de pronunciarse acerca de su legalidad o su valor jurisdiccional, y sobre sus efectos jurídicos o en derecho, como que la actuación que se cumple ahora no supone —se repite— ni una tercera instancia del adudido juicio por bigamia, sino un estudio de la honorable Corte, Sala de lo Penal, en torno al proceder o a la conducta de los dos señores Magistrados acusados, con relación a la providencia por ellos suscrita como mayoría en la Sala falladora, para decidir si esa conducta denunciada implica o no una transgresión de la ley penal, porque esté o no probado que los procesados obraron con dolo punible al pronunciarse judicialmente sobre el asunto sometido a su decisión".

Luego de otras transcripciones, de alguna importancia, el señor Agente del Ministerio Público hace reflexiones muy atinentes en orden a sostener que su misma condición de extranjera de la señora Sterckerl dificulta en grado sumo su posición en este negocio, pues dentro de su mentalidad, nacida en otras latitudes que tienen sobre el matrimonio una legislación diametralmente opuesta a la que rige en Colombia, llegue a entender por qué un matrimonio celebrado por el rito católico en el país, con una mujer que pertenece a esta última religión, no constituya delito de bigamia.

La dificultad, según el señor Procurador, radica precisamente en que para la señora Sterckerl, conforme a su religión, está válidamente casada con el señor Loewy, y eso la lleva a las conclusiones que motivaron su denuncio, por no comprender que la dispensa de disparidad de cultos otorgada para el matrimonio por el rito católico con la señora Núñez Pareja, por las autoridades eclesiásticas competentes en el país, produzca efectos civiles que lo hacen legalmente válido.

Admite el funcionario aludido que para la señora Sterckerl era necesaria una intervención de la jerarquía de su religión judaica y, por lo tanto, hubiera, conforme a ella, un pronunciamiento de divorcio sobre el matrimonio Loewy-Sterckerl, así como también de las autoridades austríacas, ante las cuales llevó a cabo dicha unión matrimonial.

Con estos planteamientos concluye el señor Fiscal colaborador de la Corte los siguientes argumentos, que la Sala acoge:

"De ahí que el auto de sobreseimiento definitivo, dictado en favor del doctor Loewy, no declare en parte alguna la nulidad del matrimonio hebraico Loewy-Sterckerl, sino que se limita simplemente a poner de presente que el doctor Loewy, dadas las circunstancias comprobadas dentro del proceso por bigamia, no ejecutó en *Colombia y según las leyes colombianas* tal delito, al contraer matrimonio católico con doña Ligia Núñez Pareja, pese a sus matrimonios hebraicos anteriores.

"Y esta conclusión jurídica es sencillamente ineludible y apodíctica, puesto que la dispensa de los impedimentos de 'disparidad de cultos' y de 'crimen' de que trata el Rescripto de la Santa Sede (fl. 13), no puede ir más allá de lo que precisamente significa y, según la misma expresión o locución que contiene el documento curial romano citado, obran 'en cuanto fuere necesario', es decir, que si fuere legalmente posible en todo sentido, civil y religioso, la celebración o efectuación del matrimonio por el rito católico, la diferencia de credos entre los contrayentes no sería óbice para cumplirlo, conforme a la Iglesia Católica Romana, lo cual no significa que si para la religión o la ley civil de alguno de los contrayentes (o de ambos), no ocurriere igual cosa, tal deficiencia queda saneada y legitimada por la autoridad Católica Romana, es decir, que si con tal matrimonio se llegare a violar los principios de otras religiones (en el presente caso la judaica), que permiten y regulan el divorcio vincular, o las leyes civiles (en este caso, las austríacas), que también aceptan en dicho grado, no se cometió con ello o no se comete delito alguno. La definición de este tema o problema se deja a la apreciación que del caso dé la respectiva legislación del lugar donde se efectúe el acto matrimonial católico, y, en Colombia (para

actualizar el caso), donde el matrimonio católico produce los efectos civiles consiguientes, si las autoridades religiosas competentes, como en el aquí analizado, autorizaron, conforme al Rescripto de la Suprema Sagrada Congregación del Santo Oficio, la celebración del matrimonio Loewy-Núñez, y si con ésta hubo autorización se incurrió en un error, éste sólo es atribuíble a las mencionadas autoridades eclesiásticas locales.

"Por lo mismo, cabe agregar que mientras no se haga una aclaración, rectificación o comentario, del mismo Alto Tribunal que pronunció el Rescripto y no de la V. Curia de Barranquilla, ni de intérpretes o canonistas, por muy autorizados que éstos fueren, acerca del contenido, propósitos, fines o alcances, etc., que demuestren el error de la V. Curia de Barranquilla, el matrimonio católico Loewy-Núñez debe considerarse válido en Colombia, y lo válido por ser legal, no puede constituír delito alguno dentro del país".

Se considera:

Los anteriores argumentos del Representante del Ministerio Público tienen, sin duda alguna, fuerza indiscutible, en orden a presentar conclusiones acertadas sobre los problemáticos y controvertidos aspectos que presenta el proceso.

Por eso conviene que la Sala aporte algunas consideraciones sobre distintos aspectos que pueden servir para una mejor comprensión de los hechos.

En efecto, Loewy contrajo matrimonio por el rito católico el 18 de septiembre de 1956. Si el delito se considera instantáneo —que no faltan autores que con tal carácter lo configuran—, esto es, que surge a la vida jurídica como infracción penal en el acto de realizar o de efectuar el segundo matrimonio, a pesar de existir otro anterior que debe ser válido para efectos de tipificar el ilícito, la prescripción deberá operarse en cinco años, al tenor del inciso final del artículo 105 del Código Penal. De manera que al tiempo de dictar la providencia de 11 de septiembre de 1961, para resolver la reposición solicitada del 25 de febrero, que por mayoría sobreseyó a favor del acusado por el cargo que se le imputaba, ya para esta época la prescripción se había operado. Sin embargo, la Sala decisoria, también por mayoría, resolvió mantener en firme la providencia anterior, en lugar de acogerse a la prescripción; pero esta vez actuó como Conjuez, en lugar del doctor Palacio, que había sido separado del proceso por impedimento, el doctor Jesús María Fontalvo Fontalvo.

Esta última circunstancia no puede pasar desapercibida en la decisión del negocio en estudio, ya que obliga a una consideración fundamental, cual es la de que no se ve con claridad alguna cómo interviniendo en la decisión por bigamia tantos criterios como funcionarios actuaron en él, y presentaron sus puntos de vista manifestando acusadas discrepancias, pueda cometerse prevaricación en los jueces que estuvieron de lado de una determinada resolución en favor del acusado, y por el solo hecho de mantenerla, aun cuando funcionarios sobre los que no ha recaído ninguna sospecha de parcialidad en sus actuaciones en ese proceso, entre ellos el señor Fiscal del Tribunal, doctor Eduardo Fuenmayor, participaron de idéntico criterio.

Como puede verse en las copias de su concepto de fondo, de folios 141 a 150, dicho distinguido Agente del Ministerio Público, tras un amplio análisis de las incidencias múltiples del negocio, que dificultaron en grado sumo su desarrollo procesal, y luego de muy sesudas consideraciones jurídicas, conceptúo que debía revocarse la providencia enjuiciatoria contra el señor Loewy, "y en su lugar proferir auto de sobreseimiento definitivo" (fl. 150).

Por otra parte, la presencia del Conjuez, doctor Fontalvo, quien actuó al decidir el recurso de reposición (fls. 450 a 459), se presta también a la muy importante consideración de que no discrepó en nada de lo que el doctor Palacio, a quien reemplazó, había decidido junto con el doctor Hoyos Ripoll en la providencia que produjo el sobreseimiento definitivo en favor del acusado como bígamo, y que es la causa de la acusación que se contempla en esta providencia.

Resulta muy difícil concebir que se reúnan los elementos estructurales de un prevaricato cuando en la interpretación y valoración de una determinada prueba que obra en un proceso de controvertida solución por los variados aspectos jurídico-penales que contiene, los criterios de los funcionarios que han de fallarlo discrepan de tal modo que los que no propugnan determinada decisión, resulten delincuentes, en tanto que los que sostienen la que favorece y propugna la parte interesada, en otra distinta, sí obraron conforme a derecho.

Esto sería como atribuír a dicha parte la facultad de apreciar en dónde está la verdad y realidad jurídico-legal del caso, pues la discrepancia de sus puntos de vista, porque no es acogida, ya constituye un acto delictuoso. No puede ser esto en manera alguna un criterio seguro para tener a los funcionarios judiciales como prevaricadores. Se dejaría entonces a merced de

las alternativas desfavorables de un proceso, a que sólo por esto se les declarara delincuentes.

Si un prevaricato fuere así reconocido, tendría que existir una especie de coparticipación dolosa por el solo hecho de coexistir las tesis de los funcionarios incriminados con las de otros que no lo fueron y que participaron de idéntico criterio al que la acusación considera que fue seguido, no con el ánimo de hacer justicia, sino el de ejecutar un acto injusto o arbitrario, contrario a la ley, a sabiendas de ello y por los motivos determinantes de animadversión con alguna de las partes.

Unas mismas tesis darían ocasión de esta suerte a que los que las compartieran fueran tratados dentro de la ley en forma diferente, sólo porque el denuncio acusa a unos funcionarios y excluye a otros, puesto que si hubiera prevaricación, todos serían igualmente responsables, ya que si los elementos que tipifican el delito se manifiestan y comprueban, no hay razón alguna para excluír de dolo a quienes también compartieron el criterio de los funcionarios acusados.

La Corte ha mantenido y reiterado en muchas ocasiones y en procesos de igual índole al presente, las tesis que en seguida se transcriben:

"Es verdad que los Jueces están expuestos a que se les acuse cada vez que sufren una equivocación en materia tan compleja como es la jurídica, procedimiento éste ya condenado y condenable siempre; pero también se halla el juzgador en el deber de observar con exactitud las prescripciones de la ley, a pesar de que en un determinado caso considere que puede apartarse de ellas, sólo porque así lo aconseje su personal criterio, lo que es igualmente censurable, porque conduce a la arbitrariedad y al abuso del derecho. Las normas están escritas para obedecerlas, y no es permitido dejar de aplicarlas cuando su sentido es claro. Mas el delito de abuso de autoridad se desintegra cuando del acto del funcionario no resulta perjuicio alguno.

"Los abusos de autoridad, el prevaricato y otras faltas en que pueden incurrir los Jueces y Magistrados en el ejercicio de sus funciones, no se deducen simplemente de los errores que sufran en la apreciación de un determinado punto de derecho o en el sostenimiento de una tesis, ni resulta de que ésta se halle en pugna con otra que se considere jurídica y la más exacta o adoptable en la doctrina. Y así, no basta que se demuestre la incorrección jurídica de una sentencia para concluír que quien la profirió es autor de alguna de las infracciones contra la Administración Pública. No. Lo que debe establecerse es la incorrección moral del Juez al pronunciarla. Porque ni la ignorancia, ni el error, ni la disparidad en los diversos puntos de vista pueden servirle de fundamento al cargo de prevaricato o de abuso de autoridad. Aquel hecho requiere dolo específico, y éste dolo genérico. Prevarica quien por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros dicta sentencia, resolución o dictamen contrarios a la ley, expresa o manifiestamente injustos, o rehusa o retarda un acto propio de sus funciones, gobernado por los mismos sentimientos.

"Incurre en abuso de autoridad el que comete en ejercicio de sus funciones un acto arbitrario o injusto. Pero debe entenderse que lo arbitrario es lo que depende del capricho, lo que no tiene respaldo, así como lo injusto es aquello que viola la equidad.

"Deniega justicia, no el que yerra en sus fallos, sino el que con pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, rehusa pronunciarlos y se abstiene de juzgar.

"Usurpa jurisdicción el que ejerce ésta, contra lo claramente dispuesto en la ley". (Auto de 30 de septiembre de 1954, *G. J.*, Tomo LXXXIII, pág. 106).

Y en recientes casos, en fallos de 7 de mayo y 4 de junio de 1962, esta Sala de la Corte ha mantenido y complementado con muy distintos argumentos pero que llevan a la misma finalidad, idéntico criterio.

En la última providencia aludida, después de señalar los elementos que tipifican el delito de prevaricato, que no son otros que: a) Calidad de funcionario o empleado público, permanente o transitoria, en el sujeto activo y del delito; b) Que se profiera a sabiendas de ser contraria a la ley, expresa o manifiestamente injusta, sentencia, resolución o dictamen; c) Que un acto propio de las funciones inherentes al cargo se niegue, rehuse o retarde, y d) Que la simpatía o animadversión hacia algún interesado constituya el motivo determinante de esas acciones, dice la Corte:

"Si ninguno de estos elementos, que fijan el tipo legal y constituyen la antijuridicidad del acto para merecer el reproche penal que conduce a la sanción, se encuentran reunidos en el proceso o falta uno cualquiera de ellos, la acusación por tal delito carece de contenido jurídico, porque no se ha violado la ley. Ello porque en toda infracción, tanto los elementos objetivos como subjetivos que la constituyen, tienen que demostrarse, ya que la ausencia de cualquiera de ellos implica la inexistencia de la misma".

"... De manera que las decisiones o resoluciones dictadas en el proceso sobre aquellos incidentes, que el denunciante atribuye a motivos de animadversión, fueron tomadas con sujeción a principios y a doctrinas ampliamente valorados. Mal pueden entonces constituír delito. No lo constituyen, porque las discrepancias en puntos jurídicos de obligada o posible controversia y las decisiones que se apartan de la interpretación que en distintas instancias se da en un determinado caso, no tienen carácter de hecho delictuoso. Con razón dice Sebastián Soler que 'para imputar un hecho como prevaricato, no basta demostrar la inconveniencia jurídica de una sentencia; es preciso demostrar la incorrección moral del Juez' ".

Aunque la denuncia así lo sugiere, la actuación de los funcionarios incriminados no demuestra que éstos hayan procedido movidos por causa de enemistad con la señora de Loewy, lo cual los hubiera conducido a violar la ley, a sabiendas de ello, profiriendo decisiones ilegales o arbitrarias en perjuicio de sus intereses.

Mas nada de ello ha podido ser demostrado en el curso del proceso, con elementos de juicio, tales que permitan la afirmación categórica de que prevaricaron los funcionarios *sub judice*.

Todo el acervo probatorio contenido en los autos conduce a demostrar que el elemento subjetivo del delito que se les imputa, es decir, el dolo específico con que procedieron y sus móviles determinantes, no han encontrado eco alguno probatorio que establezca la violación de la ley penal. De consiguiente, resulta evidente que las decisiones tomadas por los Magistrados, objeto del denuncio, y los fundamentos legales que las sustentan, son bastantes para demostrar que no fueron ellas producto de la malquerencia o del desafecto o del ánimo de causar perjuicio a la denunciante, señora Francisca Steckerl de Loewy.

Pero todavía para completar hasta dónde es posible el tema en estudio, a fin de que se patentice la fuerza incontrastable de todo lo dicho anteriormente, cabe hacerlo con otras consideraciones que se rozan con el aspecto propiamente civil del problema que la Sala juzga pertinentes en orden a las conclusiones a que ha de llegar.

Como uno de los fundamentos del auto proferido por los Magistrados acusados para no declarar responsable de bigamia a Emilio Loewy, se refiere al artículo 19 del Concordato, resulta procedente citar algunos pasajes de la sentencia producida por la Sala Civil de la Corte, con fecha 8 de septiembre del año en curso, que tiene incidencia sobre la cuestión de fondo surgida alrededor de aquel proceso penal.

Y se dice lo anterior porque a folios 153 del proceso, precisamente se lee esta argumentación; que surge del planteamiento de distintas hipótesis para la solución de los conflictos que puedan presentarse en estos casos, una de las cuales se relaciona con la interpretación del artículo 19 del Concordato, que es del siguiente tenor:

"Serán de la exclusiva competencia de la autoridad eclesiástica las causas matrimoniales que afectan el vínculo del matrimonio y la cohabitación de los cónyuges, así como las que se refieren a la validez de los esponsales. Los efectos civiles del matrimonio se regirán por el Poder Civil".

"Podría alegarse que el señor Loewy no es siquiera bautizado y que la Iglesia es incompetente para conocer de validez o nulidad de matrimonios entre infieles; pero ello no es así, pues es doctrina canónica que la Iglesia sí tiene fuero competente para conocer de la nulidad del matrimonio en estos casos cuantas veces la causa llegue a su órbita y el impedimento sea de derecho natural o de derecho divino positivo. Y este es el caso Loewy-Núñez. Desde el momento en que el señor Loewy pidió contraer matrimonio canónico con parte católica, sus antecedentes matrimoniales fueron deferidos a la Iglesia, y era a ella a quien competía asimismo juzgar de la validez o nulidad del matrimonio o matrimonios precedentes al proyectado Loewy-Núñez (Loewy-Rotholz, Loewy-Steckrel), si esa validez o nulidad procedía de derecho natural o de derecho divino-positivo. Por otra parte, el derecho concordatario no limita la competencia en manera alguna... las causas matrimoniales que afectan el vínculo de matrimonio.

"En el fingido caso de parentesco supuesto antes, la Iglesia nada habría podido hacer en el nulo matrimonio, si no se ocurre a ella; y si el señor Loewy u otra persona no bautizada recurriere de cualquier forma a la Iglesia, y el impedimento supuesto no fuera el tántas veces invocado, la Iglesia no se habría sentido competente para declarar nulo el matrimonio contraído en Viena, que para ella realmente lo fuera pero originado por impedimento de derecho positivo, v. gr. parentesco en tercer grado, falta de forma legal, pública honestidad, etc. El señor Loewy llevó ante la Iglesia su posible matrimonio con la Núñez, y hecho el estudio de su anterior matrimonio, lo declaró nulo".

La impugnación que dio motivo al citado fallo de la Sala Civil de la Corte, contempló en la

demanda este aspecto que indudablemente guarda alguna afinidad con el caso de autos.

Dice, en efecto:

"Sobre los rescriptos de la Santa Sede aduce que son respuestas a los bautizados, de interpretación restrictiva, que no crean a favor o a cargo de los infieles situación jurídica alguna. De que desprende:

"Acatólica, no solicitante, extraña al planteamiento, la señora Lore Isaac no es destinataria de la opinión Papal, y no puede perjudicarse con ella o derivar de allí ventaja alguna".

"Sostiene, además, que el rescripto no es una decisión jurisdiccional en causa de matrimonio, donde se destaca el papel del *defensor del vínculo,* sino 'una simple dispensa del pecado de bigamia que comete quien se casa por segunda vez estando vigente el primer matrimonio'; que de suyo el rescripto no disolvió el vínculo 'ni siquiera para ante la Iglesia', pues no se encuentra noticia de auto o providencia de la Curia por cuyo conducto se elevó la solicitud, la de Bogotá, 'ni de las interpelaciones hechas a la cónyuge... a través de aquélla o directamente por el marido', 'como requisito indispensable para la validez del segundo matrimonio (el católico), dentro de las prescripciones canónicas (c. 1121)' ".

A la anterior argumentación responde la Corte (Sala Civil) de la siguiente manera:

"5. La cuestión en materia matrimonial católica, a que defiere el derecho civil, se encuentra especial y expresamente prevista, y regulada en las normas eclesiásticas:

'Es nulo el matrimonio contraído por una persona no bautizada con otra bautizada en la Iglesia, o convertida a ella de la herejía o del cisma' (1-1070, C. D. C.).

'El matrimonio es legítimo entre no bautizados, aunque esté consumado, se disuelve en favor de la fe por el privilegio Paulino' (1-1120).

'El vínculo del matrimonio anterior celebrado en la infidelidad se disuelve en el momento preciso en que la parte bautizada celebra válidamente nuevo matrimonio' (1126).

'En caso de duda, el privilegio de la fe goza del favor del derecho' (1127).

"6. Cuando hombre y mujer permanecen por fuera de la Iglesia, el matrimonio civil entre ellos continuará inmutable bajo el imperio de la regulación laica. Mas no cuando el Sumo Pontífice de la Iglesia Católica ha disuelto en favor de la fe el vínculo matrimonial, por cuanto uno de los cónyuges abrazara el catolicismo, y la ley civil defiere a lo que con respecto a los bautizados prescribe el derecho canónico. Y la referencia está hecha por el artículo 19 del Concordato a la autoridad eclesiástica como exclusivamente competente en 'las causas matrimoniales que afecten el vínculo del matrimonio'. Esto es, según el derecho canónico, ya que no otro aplican las jurisdicciones eclesiásticas. No por implícito es menos claro al respecto el acuerdo del Estado colombiano con la Sede Apostólica.

"7. No corresponde sin conflicto al poder civil discutir la competencia de la Curia Romana para desatar en favor de la fe de quien se bautiza o recibe el credo católico, el vínculo legítimo que por matrimonio civil lo uniera con persona que de su parte continúa en la infidelidad. Ello es materia propia del derecho eclesiástico que regula y concede los privilegios en favor de la fe, con independencia y solemne respeto del poder civil.

"Roto así el vínculo matrimonial, desligado queda necesariamente tanto el cónyuge que ingresa y permanece en el catolicismo en razón de su fe, como el que no es ni ha sido persona en la Iglesia por estar en la infidelidad. Y si ese vínculo anterior no subsiste desde cuando vino a quedar disuelto en favor de la fe del marido, no se predica con respecto a la mujer no bautizada que con posterioridad contrae nuevo matrimonio civil con otra persona, la causal de nulidad que bajo el número 12 estatuye el artículo 140 del Código Civil.

"8. Por cuanto el privilegio se concede por el derecho canónico estrictamente en favor de la fe, es obvio y necesario que quien lo recibe quede en capacidad de contraer nuevo matrimonio, pero nada más que por el rito católico y de ningún modo matrimonio civil, que repugna a la naturaleza, significación y alcance del propio privilegio en favor de la fe.

"En consecuencia: el beneficiario del privilegio no puede ante el Estado celebrar nuevo matrimonio civil, mientras viva quien contrajo el anterior matrimonio civil con tal beneficiario".

Lo anterior no se cita por vía de erudición, sino simplemente con el ánimo de aportar mayores elementos de juicio al proceso que sirvan de fundamento a la materia de que se trata —eminentemente controvertida, como que también en la decisión transcrita hubo un salvamento de voto—, la que en su síntesis más concreta puede resumirse así: Comete el delito de prevaricato o siquiera abuso de autoridad, y es afecto por tales ilícitos el funcionario judicial que en una

materia tan discutida como la que se deja entrevista por las citas anteriores, decide esa cuestión con criterio distinto de otro funcionario, concretamente quien salva el voto y también de la persona o personas comprometidas en el denuncio, cuyo resultado, en orden a conseguir con un proceso penal la declaratoria de nulidad de un matrimonio válido de conformidad con el rito católico con que fue celebrado, no fueron los que buscaba.

La respuesta es negativa por las abundantes razones aducidas. Lo que significa que es procedente sobreseer definitivamente en favor de los funcionarios acusados, de conformidad con el artículo 437 del Código de Procedimiento Penal.

Sobre los demás cargos contenidos en el propio denuncio y en las distintas ampliaciones y memoriales de autos, en especial los que se refieren al Magistrado doctor Palacio, por actuaciones de él en incidencias propuestas por la señora Steckerl, la Sala prohija, porque los comparte plenamente, los conceptos de su ilustrado colaborador, suficientes y bastantes para no encontrar en ninguno de ellos margen legal para tenerlos como merecedores de reproche penal alguno (véase concepto del Ministerio Público, fls. 539 y 540 del cuaderno principal).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, en un todo de acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, *sobresee definitivamente* en favor de los señores Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, doctores Gilberto Hoyos Ripoll y Luis Felipe Palacio, de los cargos que les fueron formulados en este proceso.

Cópiese, notifíquese y archívese. Publíquese en la *Gaceta Judicial.*

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA NEGATIVA SUSCITADA ENTRE JUECES PENALES DE CIRCUITO

Competencia por razón del territorio. — Interpretación y aplicación del artículo 57 del Código de Procedimiento Penal.

Las distintas incidencias que presenta este negocio, los diversos lugares de otras jurisdicciones en donde se pudieron ejecutar los actos preparatorios, ejecutivos y consumatorios de los ilícitos denunciados y la misma circunstancia de que la investigación fuera iniciada en jurisdicción del Municipio de Palmira, ya que allí fue puesto el denuncio del caso, hacen aplicable a la colisión planteada el precepto del artículo 57 del Código de Procedimiento Penal, estatuído precisamente para resolver situaciones análogas, como en reiteradas ocasiones lo ha expuesto la Corte.

Véase al efecto los autos del 17 de junio de 1952, G. J., Tomo LXXII, pág. 615, y 4 de julio del mismo año, Tomo ibídem, pág. 644. (Compilación de Ortega Torres, Código Penal y de Procedimiento, pág. 439, edición 1961).

Otra solución llevaría a un prejuzgamiento, o por lo menos a una decisión extemporánea, pues si la naturaleza de los delitos todavía no ha sido establecida con la prueba idónea que los individualice y precise en su tipificación jurídica, y la Corte no tiene facultad alguna para proceder con otro criterio por falta de elementos de juicio que se lo permita, la norma aludida es la única que obvia las dificultades inherentes a esta clase de procesos y pone de relieve la previsión del legislador, en orden a que los obstáculos prácticos para señalar una determinada competencia, en un negocio criminal dado, sean resueltos de manera que conduzcan a una administración de justicia, no entorpecidas por situaciones que no son todavía jurídicas sino de hecho u objetivas, y, por lo mismo, las únicas atendibles en tales circunstancias.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, septiembre veinte de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A.).

Vistos:

La Corte procede a desatar la colisión de competencia negativa suscitada entre los Juzgados Penal del Circuito de Palmira y Promiscuo del Circuito de Puerto Tejada (Cauca), en relación con el sumario adelantado contra Angel Galíndrez, por los delitos de rapto y corrupción de menores, en la persona de María del Carmen Granada González.

Ante la Inspección Departamental de Policía del Corregimiento de "Tienda Nueva", comprensión municipal de Palmira (Valle), fue presentado por la madre de la ofendida denuncio criminal contra Galíndrez por los hechos ilícitos antes mencionados. Allí se adelantó la investigación correspondiente, la que perfeccionada en lo posible, pasó a conocimiento del Juez Penal del Circuito de Palmira, "por razón de la competencia".

En orden a una mayor comprensión de los argumentos que exponen los Juzgados renuentes a conocer del presente negocio, conviene transcribir la relación que de los hechos investigados traen los autos:

El día 3 de diciembre de 1961 "Angel Galíndrez, en ausencia de la señora González viuda de Granada (madre de la ofendida), estuvo conversando con la citada menor María del Car-

men, con quien cultivaba relaciones amorosas, y ofreciéndole que se casaría con ella, logró que ésta abandonara la casa de la madre, situada en 'Tienda Nueva' (Palmira), y se fueran juntos. Tomaron un vehículo hacia Palmira, evadiendo ser vistos por los hermanos menores de María del Carmen; luego que llegaron a dicha ciudad, se dirigieron hacia la plaza de mercado, donde tomaron otro vehículo que los condujo a Cali. De allí se dirigieron a Puerto Tejada, para trasladarse por último al ingenio de 'El Naranjo'. Galíndrez dejó en 'El Naranjo' a María del Carmen, en casa de Manuel Mosquera, y allí permanecieron varios días viviendo juntos. En la misma noche del rapto Galíndrez, comprometiéndose de nuevo con la menor a casarse, la poseyó carnalmente, repitiéndolo las noches subsiguientes''.

En atención a los anteriores hechos, el Juzgado Penal del Circuito de Palmira ordenó el envío de los autos al Juzgado Promiscuo de Puerto Tejada para que aprehendiera su conocimiento.

Este último funcionario se negó a ello, aduciendo la circunstancia de que Galíndrez, al sustraer a la menor María del Carmen de su casa de habitación, no tuvo otro objetivo que poseerla carnalmente, y cuando lo logró, aquélla sólo tenía 14 años y 8 meses de edad, ''es decir, que se cometió en forma continuada otro delito, el de 'la corrupción de menores' ''.

Agrega que ''el delito 'del rapto' fue cometido en el Municipio de Palmira, y el de 'la corrupción de menores' en este Municipio. Pero ya se dijo que el segundo es continuación del primero.

''... Si se descarta la hipótesis del delito continuado o erótico, es obvio que el conocimiento del delito único de 'la corrupción de menores' correspondería a este Juzgado del Circuito, por haberse cometido el hecho en territorio de su jurisdicción; pero como no es así, sino que se ha cometido también y primero en Palmira el delito 'del rapto', por ello, dada la conexidad entre la mencionada infracción de 'la corrupción de menores' y la 'del rapto', preciso es concluír que debe conocer del negocio el señor Juez del Circuito de Palmira, ya que así lo resuelve el artículo 57 del Código de Procedimiento Penal''.

Por su parte, el señor Juez del Circuito de Palmira, dice:

''El suscrito Juez no acepta la competencia ni los argumentos expresados por el Juez Promiscuo del Circuito de Puerto Tejada, porque el dolo específico en el delito de 'rapto' está constituído por 'el propósito de satisfacer algún deseo erótico sexual o de casarse con ella', es decir, con la raptada, los cuales se consuman por el acceso carnal. Y en el caso de la corrupción de menores que contempla el artículo 326, también el dolo específico se encuentra en el acceso carnal con que comienza la definición del delito: 'El que tenga acceso carnal con una mujer de catorce años y menor de diez y seis...'

''En uno y otro caso los delitos se habrían consumado en comprensión del Municipio de Puerto Tejada, lo cual le daría la competencia al Juez Promiscuo del Circuito de Puerto Tejada por razón del territorio en donde se agotaron las infracciones''.

Las distintas incidencias que presenta este negocio, los diversos lugares de otras jurisdicciones en donde se pudieron ejecutar los actos preparatorios, ejecutivos y consumatorios de los ilícitos denunciados, y la misma circunstancia de que la investigación fuera iniciada en jurisdicción del Municipio de Palmira, ya que allí fue puesto el denuncio del caso, hacen aplicable a la colisión planteada el precepto del artículo 57 del Código de Procedimiento Penal, estatuído precisamente para resolver situaciones análogas, como en reiteradas ocasiones lo ha expuesto la Corte.

Véase al efecto los autos del 17 de junio de 1952, *G. J.*, Tomo LXXII, pág. 615, y 4 de julio del mismo año, Tomo ibídem, pág. 644. (Compilación de Ortega Torres, Código Penal y de Procedimiento, pág. 439, edición 1961).

Otra solución llevaría a un prejuzgamiento, o por lo menos a una decisión extemporánea, pues si la naturaleza de los delitos todavía no ha sido establecida con la prueba idónea que los individualice y precise en su tipificación jurídica, y la Corte no tiene facultad alguna para proceder con otro criterio por falta de elementos de juicio que se lo permitan, la norma aludida es la única que obvia las dificultades inherentes a esta clase de procesos y pena de relieve la previsión del legislador, en orden a que los obstáculos prácticos para señalar una determinada competencia, en un negocio criminal dado, sean resueltas de manera que conduzcan a una administración de justicia, no entorpecida por situaciones que no son todavía jurídicas, sino de hecho u objetivas, y, por lo mismo, las únicas atendibles en tales circunstancias.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *desata* la

colisión de competencia negativa suscitada, en favor del Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Tejada (Cauca). En tal virtud, el conocimiento de este proceso corresponde al Juzgado Penal del Circuito de Palmira (Valle), a quien deberá enviársele oportunamente. Dese aviso de esta decisión, mediante oficio, al señor Juez Promiscuo del Circuito de Puerto Tejada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO EN LA MODALIDAD DE PRETERINTENCIONAL

Técnica de la demanda. — La causal 1ª sólo puede prosperar cuando la violación de la ley es susceptible de ser demostrada mediante raciocinio directo.

La causal primera sólo puede prosperar cuando la violación de la ley es susceptible de ser demostrada por medio de un raciocinio directo, al margen de cualquier debate en torno a los hechos del proceso.

Ni "la gravedad intrínseca del homicidio" ni tampoco "la insensibilidad" del procesado —que se plantean en la demanda como fundamentación de la causal primera invocada—, pueden demostrarse por medio de un simple raciocinio directo, sino precisamente a través de un examen de los hechos, el cual, en el caso de autos y en orden a esos dos elementos de agravación genérica de la responsabilidad, habría sido absolutamente indispensable, sobre la base de una causal distinta a la primera, teniendo en cuenta, en particular, que en el ataque a la víctima, que determinó su muerte, participaron cinco o seis personas y, además, que el procesado fue condenado, no como autor único del delito a que se contrae el fallo impugnado, sino como coautor del mismo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, septiembre veintidós de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres).

Vistos:

Se procede a resolver el recurso de casación que interpuso el señor Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, contra la sentencia del 18 de noviembre del año pasado, por medio de la cual aquella entidad condenó al señor Servando Mendoza Lozano, como responsable del delito de homicidio en el señor Pedro Octaviano Leguízamo, a la pena de cuatro (4) años de presidio y correspondientes accesorias.

Hechos y actuación:

En la tarde del 17 de febrero de 1956, en momentos en que el señor Pedro Octaviano Leguízamo se encontraba, en compañía de un hijo suyo, menor de edad, de nombre Saúl, dedicado a faenas del campo en un predio aledaño a su casa de habitación, situada en la fracción rural de El Boquerón, comprensión del Municipio de Sutatenza, pasaron por allí en grupo cinco o seis sujetos, quienes luego de trabarse en discusión con él en torno a asuntos de escasa monta, lo acometieron, y de este modo le causaron, con arma "punzante y de filo", doce heridas, ninguna de ellas en sí misma mortal, pero que en conjunto, "por shock traumático", en concurrencia con "anemia generalizada", le determinaron la muerte.

De estos hechos conoció el Juzgado 3º Superior de Tunja, el cual, entendiéndolos en el carácter de constitutivos del delito de homicidio "simplemente voluntario", mediante auto del 4 de junio de 1958, cuya ejecutoria se produjo en la misma instancia, llamó a juicio, *"como coautores"* de ellos, a los señores Servando Mendoza Lozano y Manuel Peralta.

Los cuestionarios, como era imperativo, se redactaron de acuerdo con el auto de proceder y, por lo tanto, Mendoza y Peralta comparecieron ante el Jurado *como coautores* del homicidio consumado en el señor Leguízamo. En estas condiciones, el veredicto respecto del primero fue *"sí, sin intención de matar"*; y en cuanto al segundo: *"No, por falta de prueba"*. Fundado en estas determinaciones, el predicho Juzgado, en senten-

cia del 19 de octubre de 1959, condenó a Mendoza Lozano, como responsable de homicidio preterintencional en la persona del citado Leguízamo, a la pena de *"cuatro años de presidio"* y accesorias del caso, absolviendo, en cambio, al procesado Peralta, fallo que el Tribunal en cuestión confirmó en el suyo del 18 de noviembre del año pasado.

Demanda de casación:

En la demanda, formulada con arreglo a las exigencias legales, y de la cual se corrió traslado al señor Procurador y a la parte no recurrente, sin que aquél la hubiera ampliado ni ésta contestado, el señor Fiscal, autor de ella, invoca como única causal de casación la prevista en el ordinal 1º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, a cuyo amparo sostiene que la sentencia acusada, por errónea e indebida aplicación, violó "lo dispuesto por el artículo 365 del Código Penal, en concordancia con el artículo 362, ibídem, por no interpretación adecuada del artículo 36 de la misma obra", tesis que desarrolla luego así:

"Dentro de ese margen, disminución de la pena de una tercera parte a la mitad, el Juez debe graduar la pena explicando por qué aplica el mínimo, o más del mínimo, o el máximo. Para ello ha de tener en cuenta, *obligatoriamente*, lo que manda el artículo 36 del Código Penal.

"....

"Entonces, una de las pautas para la medida de la pena, fijada por la ley positiva colombiana, es la *gravedad del hecho delictuoso*. Esa gravedad se aprecia, antes que todo, objetivamente. Para el caso en estudio, la vehemencia de los datos sumariales —autopsia y levantamiento del cadáver— que mostraban cómo el occiso murió víctima de numerosas y graves puñaladas. Para el suscrito recurrente, nunca podrá ser lo mismo que un hombre mate a otro de un solo embate a que lo acabe de numerosas heridas. Sin duda alguna que, aun en los casos en que se proceda por ira o temor, hay menor control, más intemperancia, más peligrosidad en suma, en quien hace obedecer varias veces a sus músculos para que dañen a su adversario, que en quien una sola vez o dos veces se atreve a tan grave acción.

"No se trata de una medida con cuentagotas: Aquí es clara *la gravedad intrínseca del homicidio*. Fueron *doce* puñaladas, que fueron a dar hasta los huesos correspondientes, por la potencia con que fueron lanzadas. Así, la alarma social, desde el punto de vista político, aumenta. Porque las gentes estiman que llega la inseguridad y que es peligroso que alguien sufra muchas lesiones a manos de sus adversarios, esto es, que *la insensibilidad* ha aumentado en los homicidas. (Subraya la Corte).

"....

"La sentencia que impugno, en un párrafo parece acatar lo dispuesto por el artículo 36 del Código Penal; pero es lo cierto que lo desconoce en el momento de graduar la pena. Se aparta frontalmente de los lineamientos que fija la disposición tántas veces citada, porque no pone en comparación lo que dicen los datos procesales —autopsia y levantamiento del cadáver— con lo que manda el artículo, para aumentar debidamente la pena al sindicado, dentro del margen de que habla el artículo 365 del Código Penal.

"....

"La ley se escribe para decir algo. Cuando el artículo 365 del Código Penal fija un margen es para que, dándose determinados presupuestos, el Juez, con los datos procesales y un recto criterio y un alto sentido de justicia, se mueva para la graduación de la pena dentro de él. Al calificar los jueces populares, como en este caso, un homicidio como preterintencional, no fijan al Juez de derecho una tiranía de los mínimos. Los mínimos de pena. Se peca contra la justicia distributiva, por otra parte, si por ejemplo se le aplica también el mínimo a quien, en un caso similar, mata a otro de una pedrada".

Se considera:

I. Que en la sentencia acusada, según se desprende de su motivación, debidamente razonada y ampliamente lógica, se entendió que el veredicto del Jurado, respecto del procesado Mendoza Lozano, condenaba por el delito de homicidio en la modalidad de preterintencional, lo que de suyo indica que, al acogerse, necesariamente tenía que aplicarse el artículo 365 del Código Penal, en concordancia con el 362 de la misma obra.

II. Que la causal 1ª, invocada como principal, sólo puede prosperar cuando la violación de la ley es susceptible de ser demostrada por medio de un raciocinio directo, al margen de cualquier debate en torno a los hechos del proceso.

III. Que ni "la gravedad intrínseca del homicidio" ni tampoco "la insensibilidad" del procesado, que se plantean en la demanda como fundamentación de la causal invocada, pueden demostrarse por medio de un simple raciocinio di-

recto, sino precisamente a través de un examen de los hechos, el cual, en el caso de autos y en orden a esos dos elementos de agravación genérica de la responsabilidad, habría sido absolutamente indispensable, sobre la base de una causal distinta a la 1ª, teniendo en cuenta, en particular, que en el ataque que determinó la muerte del señor Leguízamo participaron cinco o seis personas y, además, que el procesado Mendoza Lozano fue condenado, no como autor único del delito a que se contrae el fallo impugnado, sino como coautor del mismo.

En los términos consignados, como es obvio, la causal aducida no puede prosperar, lo que quiere decir que el recurso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 569 del Código de Procedimiento Penal, tendrá que ser desechado.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *desecha* el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja contra la sentencia de que se hace mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León, Secretario.

GARANTIA DEL DERECHO DE DEFENSA DEL PROCESADO

Ausencia de defensa técnica del acusado. — El proceso como garantía de justicia para el individuo y la sociedad. — Defensa material y defensa formal. — No cabe confundir en el proceso al Ministerio Público con el defensor. — La validez de la causal cuarta en casación no se condiciona a la culpabilidad o no culpabilidad del agente del delito. — Nulidad del proceso cuando se desconoce el derecho de defensa del acusado.

1. Asiste toda la razón al demandante en el caso sub judice **al afirmar que viola las formas propias de la relación jurídico procesal la ausencia de defensa técnica del acusado en las etapas ordinarias del juicio, pues la defensa no es sólo un derecho del sujeto pasivo de la acción criminal, sino un requisito impuesto por la ley en guarda de las mismas garantías con que la Constitución ha querido rodear la jurisdicción penal con independencia de toda consideración sobre la responsabilidad y del poder incriminativo de las pruebas de cargo contra el acusado.**

2. Cuando la Carta preceptúa que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le impute, ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio", puede decirse con la exégesis dogmática de Vélez Mariconde (Estudios de Derecho Procesal Penal), que "el proceso, por lo tanto, es una garantía de justicia para el individuo y la sociedad".

3. La defensa como derecho del individuo a hacer buena su conducta en el proceso o a atenuarla, según el caso, suele entenderse en dos sentidos: material y formal, **ambos operantes y necesarios. Pero es la defensa formal la que se encomienda técnicamente al abogado, por voluntad del acusado o por disposición del Juez, la que no puede omitirse sin quebranto de las** formas propias **del juicio.**

Ahora bien, si la ley de procedimiento impone al Juez el deber de nombrarle al sindicado un apoderado o un defensor para la causa, oficiosamente, cuando no quiere o no puede hacerlo el imputado, esa exigencia tiende a mantener en vigor el derecho de defensa, que debe ser ejercido por el designado como esa misma ley lo estatuye, no sólo bajo la amenaza de sanciones disciplinarias, sino inclusive de responsabilidad penal por el delito de colusión. (C. P., art. 197).

4. No vale argüir para justificar el quebrantamiento del derecho de defensa que el recurrente presentó de su cuenta y riesgo memoriales en el curso de la actuación, que oyó las notificaciones de rigor y que en las oportunidades procesales el Ministerio Público, con imparcialidad y estudio sereno de los autos, cumplió con lo ordenado en el artículo 92 del Código de Procedimiento Penal. Particularmente este argumento de que el representante de la sociedad, de haber sido inocente el acusado, habría demandado la absolución, de acuerdo con dicho texto legal, no puede ser de recibo porque en momento alguno cabe confundir en el proceso al Ministerio Público con el defensor, así coincidan en muchos juicios en sus conclusiones.

5. Menos es pertinente la consideración del Procurador Delegado, de que por estar demostrada la responsabilidad del procesado no puede afirmarse que se le causó agravio en su derecho de defensa. Cuando en casación se invoca la causal cuarta, su validez no se condiciona, por motivo alguno, a la culpabilidad o no culpabilidad del agente del delito, pues la violación de la ley en cuanto a las formas propias del juicio, existirá siempre respecto del procesado, principalmente si recibe sentencia condenatoria. Y es en este evento, al contrario de lo que ocurriría

con relación al absuelto, cuando se pone de bulto el agravio al derecho de defensa.

6. La Corte al elaborar su doctrina acerca de las nulidades constitucionales o supralegales, en interpretación del artículo 26 de la Carta, ha sostenido de tiempo atrás, sin solución de continuidad, que es nulo el proceso cuando se ha desconocido o es sólo aparente el derecho de defensa del acusado, porque no se trata únicamente de tutelar el interés privado sino, además, de mantener un orden jurídico de interés social o público, como es la administración de justicia, y de preservar normas institucionales imperativas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, septiembre veintiocho de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Rendón Gaviria).

Vistos:

Rómulo Moreno Viuche, condenado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en sentencia de 13 de julio de 1961 (confirmatoria de la proferida por el Juzgado 3º Superior del mismo Distrito), a la pena principal de 17 años de presidio y correspondientes accesorias, como responsable del delito de homicidio (asesinato), interpuso para ante la Corte el recurso extraordinario de casación, de cuyo mérito procede la Sala a decidir.

Hechos:

Como el señor apoderado constituído por el recurrente para formular la demanda sólo invoca en ésta la causal cuarta de casación, no interesa un pormenorizado examen de los hechos que dieron lugar al proceso y bien puede tomarse del libelo la relación al respecto:

"Da cuenta la presente investigación de la muerte violenta de Alvaro Capera Saavedra o Montalvo Saavedra, que ocurrió en la vereda de Loany (hoy paraje de El Vergel, jurisdicción del Municipio de Ortega), en las horas de la tarde del día domingo 17 de abril de 1960.

"Fue iniciada por el señor Alcalde Municipal de ese Municipio, con la diligencia de levantamiento del cadáver y el auto cabeza de proceso al día siguiente de los hechos. Fueron procesados, por haber aparecido algunos cargos contra ellos, los señores Rómulo Moreno Viuche y Juan Guzmán, contra quienes también se dictó auto de detención.

"Moreno Viuche en su indagatoria niega las versiones de algunos testigos y expresa, a su manera, cómo ocurrieron los hechos, en los cuales tuvo participación por haber sido obligado, amenazado de muerte por Juan Guzmán.

"Para ampliar y perfeccionar la investigación fueron comisionados los señores Jueces 33 y 74 de Instrucción Criminal, mas es lo cierto que ninguno de los dos funcionarios practicó diligencia alguna de importancia.

"Repartido el expediente entre los señores Jueces Superiores de Ibagué, le correspondió al señor Juez 3º, quien mediante auto de 11 de agosto de 1960 ordenó la práctica de algunas diligencias, y designó apoderado defensor de oficio de Rómulo Moreno Viuche al doctor Eduardo Alzate García, quien tomó posesión de su cargo el 16 de agosto de 1960, según diligencia del folio 104.

"Como Juan Guzmán Moreno no se presentó ni fue posible su captura, se le emplazó legalmente, se le declaró reo ausente y se le nombró defensor de oficio al doctor Isaías Ríos Torres, quien tomó posesión de su cargo en 7 de febrero de 1961.

"La investigación se declaró cerrada en 13 de febrero de 1961, según auto de esa fecha, visible al folio 125.

"En dicha oportunidad procesal sólo el señor Agente del Ministerio Público, doctor Alvaro Porras Ramírez, hizo alegato de conclusión. Ninguno de los apoderados o defensores de los procesados ejercitó realmente el derecho de defensa presentando los descargos correspondientes.

"En sentencia de 2 de marzo de 1961 el Juzgado Tercero Superior de Ibagué puso término a la primera instancia condenando a Rómulo Moreno Viuche y a Juan Guzmán Moreno a la pena principal de 17 años de presidio, para cada uno, por el delito de homicidio agravado, y los condena además a las penas accesorias.

"Apelada la sentencia para ante el honorable Tribunal y tramitada la segunda instancia, en la cual solamente el Ministerio Público ejercitó el correspondiente derecho de presentar su petición ante la justicia, se falló el proceso en segunda instancia. Ninguno de los defensores anteriormente nombrados, que fueron los mismos para ante el honorable Tribunal, presentó alegato alguno en defensa de sus clientes, quedando

huérfanos de defensa en esta segunda oportunidad.

"La sentencia apelada fue confirmada.

"Sobra advertir que este proceso siguió la tramitación del Decreto 0012 de 4 de junio de 1959, vigente para la fecha del hecho criminoso".

Demanda de casación.

Como ya se expresó, la acusación contra la sentencia del *ad quem* la contrae el demandante a la causal cuarta, de las previstas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, es decir, por haber recaído en un juicio viciado de nulidad. El cargo, con apoyo en el artículo 26 de la Constitución Nacional, principalmente, lo desarrolla así:

"Ha sido continua y reiterada doctrina de esa honorable corporación la de que deben anularse aquellos procesos en que el derecho de defensa no ha sido realmente ejercido y que, en consecuencia, los procesados han sido vencidos en el juicio sin haber sido oídos.

"Es lógica y jurídica esta tesis de la honorable Corte, porque siendo mandato constitucional el de que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en el juicio, para que ese ordenamiento se cumpla es necesario que la defensa sea efectivamente ejercitada. El mero formulismo no juega papel. La defensa estática no es defensa. El derecho para que surta pleno efecto debe entrar en el terreno de la actividad, del ejercicio dinámico del mismo.

"En el caso presente, nos encontramos dolorosamente con uno de los tántos procesos en que los defensores nada hicieron en defensa de los procesados. Se limitaron a tomar posesión de sus cargos y tomar nota de muy contadas notificaciones. Ni un solo alegato. Ni un solo memorial de petición de pruebas. Nada, absolutamente nada es la página escrita por la defensa. A pesar de ello fueron juzgados los sindicados, y no sólo eso sino condenados a graves penas de presidio.

"Cabe entonces preguntar: ¿se puede afirmar que Rómulo Moreno Viuche fue juzgado de conformidad con la Constitución Nacional y las leyes de la República? Absolutamente no. Ese proceso fue una burla a las formas procesales, que no son propiamente un mero formulismo sino verdaderas normas que engendran derechos para las partes dentro del proceso.

"La defensa debe ser realmente ejercida, como lo ha dicho en varios alegatos que ha presentado ante esa honorable corporación. Al defensor se le debe conminar al cumplimiento de sus deberes, como se hace en los juzgamientos en que hay audiencia pública. Y no se puede y tampoco se debe pronunciar fallo alguno sin que la voz de la defensa se haya hecho oír en el proceso.

"Lo menos que puede pedir un procesado es que se le oigan sus descargos, y como él casi nunca está en capacidad de hacerlo debe tener un defensor, entendiéndose naturalmente por tal el que ejercita el derecho, el que cumple con sus deberes, el que vela porque se haga justicia al defendido.

"Como sobre este particular la honorable Corte tiene su criterio perfectamente definido, considera que sobran mayores comentarios de mi parte, limitándome, como en efecto lo hago, a pedir la invalidación de la sentencia recurrida y la nulidad procesal desde el momento mismo de la primera instancia en que se entró a juzgar a los sindicados sin haber escuchado la defensa, sin haber conminado a los defensores al cumplimiento de sus obligaciones".

Respuesta del Ministerio Público.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, luego de un pormenorizado estudio de los hechos y situación penal del recurrente, así como del trámite sufrido por el proceso, concluye que no hay lugar a la casación impetrada porque no encuentra "que el procesado Moreno Viuche haya carecido de las garantías constitucionales al ejercer su defensa, en forma tal que sea debido anular el presente proceso en cuanto a él".

Dejando de lado lo que el distinguido colaborador fiscal estima sobre el delito y pruebas de cargo, asuntos que no son del caso examinar, la Corte se permite traer a cita los principales argumentos del Ministerio Público, así no los comparta, y precisamente para mejor entendimiento de su resolución:

"....

"Con relación a la tramitación del proceso se encuentra que a Moreno Viuche se le dio personalmente toda clase de garantías, se le facilitó el conocimiento del expediente, ya que fue notificado de todas las providencias pronunciadas, como consta a los folios 13 v., 48 v., 103 v., 107, 111, 114 v., 117 v., 118, en la primera instancia; 149, 151, 157 (dentro de cuya notificación interpuso la casación) y 161, en la segunda instancia.

"A su vez fue notificado junto con su apoderado o defensor, según lo indican los folios 124, 125 v., 140, 142 v. y 147 v. Asimismo se tiene que fue trasladado de la Penitenciaría de Ibagué a la Cárcel del Circuito de Ortega (fl. 105), para que asistiera a la ampliación de la investigación y a la muy importante diligencia de inspección ocular o reconstrucción de los hechos, pudiendo finalmente presentar el alegato que se ha dejado anotado (fl. 126), e interponer la apelación de instancia y el recurso de casación contra el fallo del *ad quem*.

"Le fue nombrado defensor de oficio en la persona de un abogado titulado, quien procedió a posesionarse (fl. 103, 104 y 147). Intervinieron, según el caso, los señores Fiscales y el Personero Municipal de Ortega, como Agentes del Ministerio Público. Se investigaron los antecedentes de conducta debidamente, aunque no se esclareció a fondo lo relativo a su participación en el homicidio de Eudoro Tapiero (fl. 108). Se evacuaron todas las citas que hizo, etc.

"Y debe observarse que por el Ministerio Público, en ambas instancias, se adelantó un estudio mesurado e imparcial de la situación jurídica de los dos sindicados, atendiendo a los imperativos de la ética, de verificar el pro y el contra de las cosas para cumplir así lo estatuído en el artículo 92 del Código de Procedimiento Penal para el Ministerio Público.

"Por su parte, todos los funcionarios que intervinieron en el proceso, bien como investigadores o como falladores, cumplieron cabalmente con sus deberes, como lo demuestra lo razonado de sus consideraciones, lo comprobado de sus asertos, lo ecuánime de la apreciación de la personalidad de los delincuentes, y lo moderado de la sanción impuesta, etc., todo a la luz de lo ordenado por los artículos 294, 295 y 375 del Código de Procedimiento Penal.

"Y por lo que atañe con el nombramiento hecho de defensor del procesado Moreno Viuche cabe decir que si bien es cierto que tal defensor apenas aparece recibiendo las notificaciones aludidas, no es menos evidente que en razón de ellas tuvo un conocimiento completo de los autos y de la situación de los sindicados, difícil por demás para ambos.

"Ahora bien, dadas estas circunstancias, ¿podrá afirmarse que dicho defensor no cumplió con los deberes que el cargo le imponía, y que ha debido ser requerido de acuerdo a lo ordenado por el inciso segundo del artículo 107 del Código de Procedimiento Penal?

"¿Será posible, además, decir que por no haber desarrollado la defensa, cierta y determinada actividad fue condenado el procesado Moreno Viuche, o lo fue por un ilícito de mayor gravedad al realmente cometido, o se le impuso una pena exagerada?

"Indudablemente, la respuesta a una y otra pregunta tiene que ser negativa, porque recurrir al pretexto de que el representado por el doctor Aya careció de protección durante las instancias por parte de quienes obraron como sus apoderados o defensores, no es de recibo, si se tiene en cuenta que el abogado titulado, nombrado apoderado o defensor, prestó dos juramentos: el del ejercicio leal de su profesión y el de defender al procesado, según su leal saber y entender; no siendo posible afirmar que por no haber ejercitado la defensa en la forma querida por el apoderado para la casación, se ha faltado a esos deberes. Tampoco es dable presumir que defensa no tuvo el acusado porque no alegó ni planteó cuestiones de improbable aceptación.

"Y es que no debe, por otra parte, desconfiarse del cumplimiento del deber y del recto criterio del Magistrado y del Ministerio Público, quienes, no sólo por conciencia y equidad, sino por deber legal, como ya se dijo, atendieron a los pros y contras de las pruebas que conforman los autos.

"Y esto es tanto más efectivo y actuante si es al Juez de derecho a quien, como en el presente caso, le corresponde decidir sobre la responsabilidad del acusado, ya que debe apreciar los hechos conforme a la ley, pues en los juicios por Jurado es la conciencia de éste la que puede decidir sobre la responsabilidad del procesado, con la sola limitación de la contraevidencia de su veredicto declarada por el Juez de derecho".

Consideraciones de la Corte:

1ª Asiste toda la razón al demandante en el caso *sub judice* al afirmar que viola las formas propias de la relación jurídico procesal la ausencia de defensa técnica del acusado en las etapas ordinarias del juicio, pues la *defensa* no es sólo un derecho del sujeto pasivo de la acción criminal, sino un requisito impuesto por la ley en guarda de las mismas garantías con que la Constitución ha querido rodear la jurisdicción penal con independencia de toda consideración sobre la responsabilidad y del poder incriminativo de las pruebas de cargo contra el acusado.

2ª Cuando la Carta preceptúa que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le impute, ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio", puede decirse, con la exégesis dogmática de Vélez Mariconde (Estudios de Derecho Procesal Penal) que "el proceso, por lo tanto, es una garantía de justicia para el individuo y la sociedad", con el siguiente alcance:

"La garantía consiste, desde luego, en la necesidad irrefragable de que un proceso legalmente definido preceda a toda sanción; en la solemnidad y formas que deben observarse al cumplir los actos que lo integran; en el orden regular que ha de guardarse y en el tiempo que ha de emplearse; en la intervención y el recíproco control de los Magistrados, funcionarios públicos y demás personas actuantes, algunos de los cuales son indispensables; y en las diversas oportunidades que ellos tienen para cumplir sus deberes o ejercer sus poderes jurídicos o hacer valer sus intereses.

"Claro está que la eficacia de la garantía depende de la ley de enjuiciamiento, la que debe inspirarse en el propósito de disciplinar el medio más apto para averiguar la *verdad* con el menor sacrificio de la *libertad*.

"Esa ley, al definir el proceso, no hace más que darle forma práctica a la norma constitucional que lo impone, que asegura la igualdad en el tratamiento de los imputados y la inviolabilidad de su defensa, al mismo tiempo que proscribe el arbitrio judicial.

"... La vigencia del principio no depende tampoco de la voluntad del imputado. Es irrelevante el hecho de que reconozca su culpabilidad o renuncie a las formas procesales (lo mismo que a su defensa). Aquél se basa en un interés público que torna indisponible el contenido sustancial de la relación procesal. El proceso es un instrumento indispensable aunque no haya oposición entre el acusador y el acusado; no es propiamente un litigio sino un medio de averiguar la verdad".

3ª La defensa como derecho del individuo a hacer buena su conducta en el proceso o a atenuarla, según el caso, suele entenderse en dos sentidos: *material* y *formal*, ambos operantes y necesarios. Pero es la defensa formal la que se encomienda técnicamente al abogado, por voluntad del acusado o por disposición del Juez, la que no puede omitirse sin quebranto de las *formas propias* del juicio.

Ahora bien, si la ley de procedimiento impone al Juez el deber de nombrarle al sindicado un apoderado o un defensor para la causa, oficiosamente, cuando no quiere o no puede hacerlo el imputado, esa exigencia tiende a mantener en vigor el derecho de defensa, que debe ser ejercido por el designado como esa misma ley lo estatuye, no sólo bajo la amenaza de sanciones disciplinarias sino, inclusive, de responsabilidad penal por el delito de colusión. (C. P., art. 197).

4ª No vale argüír para justificar el quebrantamiento de este derecho, para el caso concreto que se estudia y conforme aparece del concepto del señor Procurador Delegado, que el recurrente presentó de su cuenta y riesgo memoriales en el curso de la actuación, que oyó las notificaciones de rigor y que en las oportunidades procesales el Ministerio Público, con imparcialidad y estudio sereno de los autos, cumplió con lo ordenado en el artículo 92 del Código de Procedimiento Penal. Particularmente este argumento de que el representante de la sociedad, de haber sido inocente el acusado, habría demandado la absolución, de acuerdo con dicho texto legal, no puede ser de recibo porque en momento alguno cabe confundir en el proceso al Ministerio Público con el defensor, así coincidan en muchos juicios en sus conclusiones.

5ª Menos es pertinente la consideración del señor Procurador Delegado de que por estar demostrada la responsabilidad del procesado no puede afirmarse que se le causó agravio en su derecho de defensa. Cuando en casación se invoca la causal cuarta, su validez no se condiciona, por motivo alguno, a la culpabilidad o no culpabilidad del agente del delito, pues la violación de la ley en cuanto a las formas propias del juicio, existirá siempre respecto del procesado, principalmente si recibe sentencia condenatoria. Y es en este evento, al contrario de lo que ocurriría con relación al absuelto, cuando se pone de bulto el agravio al derecho de defensa.

6ª La Corte, al elaborar su doctrina acerca de las nulidades constitucionales o supralegales, en interpretación del artículo 26 de la Carta, ha sostenido de tiempo atrás, sin solución de continuidad, que es nulo el proceso cuando se ha desconocido, o es sólo aparente el derecho de defensa del acusado, porque no se trata únicamente de tutelar el interés privado sino, además, de mantener un orden jurídico de interés social o público, como es la administración de justicia, y de preservar normas institucionales imperativas.

7ª Bien podría la Sala hacer cita de muchos

de sus fallos en la materia, pero estima suficiente, por la similitud y por la coincidencia que ofrecen los casos, recordar lo dicho en sentencia de 20 de los corrientes, para la cual se contó con el concepto favorable a la casación del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal (Casación. Causa por homicidio contra Manuel Jaramillo Urrego):

"El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal considera que 'en el juicio de que se trata se incurrió en una nulidad de carácter absoluto, que como tal, vicia la actuación cumplida, siendo, por lo mismo, preciso que se reponga el procedimiento a partir del auto de fecha 4 de septiembre de 1959, y de acuerdo con las normas consagradas en el Código de Procedimiento Penal, pues bien se sabe que el Decreto legislativo número 0012 de 1959 ha dejado de regir'.

"Anota el señor Agente del Ministerio Público, como respaldo de su concepto, lo que pasa a transcribirse:

" 'Se evidencia clarísimamente que este procesado..., Manuel Jaramillo Urrego..., 'careció de toda defensa en una y otra instancias del juicio que se le siguió, al extremo de que durante la tramitación de la primera instancia no se le nombró como apoderado a un abogado titulado, sino a un modesto ciudadano, ajeno por completo a las disciplinas jurídicas, a quien se le dio posesión como representante suyo (f. 71) después de que contra Jaramillo Urrego se profirió auto de detención preventiva y se le declaró reo ausente (fls. 62 y 69).

" 'Y la única actuación ejecutada por el ciudadano nombrado como apoderado consistió en firmar el acta de posesión del cargo, habiéndose abstenido de alegar una vez que fue cerrada la investigación, conforme a lo previsto en el artículo 3º del Decreto 0012 de 1959.

" 'Y si esto ocurrió ante el Juzgado del conocimiento, cosa por el estilo sucedió ante el honorable Tribunal sentenciador, como que la falta de defensa del acusado también es patente en la segunda instancia, pues los señores abogados que mediante auto visible al folio 109 fueron designados como defensores de los acusados Jaramillo Urrego y Torres Ortiz, nada hicieron en favor de sus representados, no pidieron pruebas, como tampoco alegaron durante el respectivo término de fijación en lista'.

"Agrega el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, que estando perfectamente fundado el cargo hecho con invocación de la causal cuarta de casación, resulta innecesario el examen de las demás causales señaladas por el demandante.

"La Sala considera:

"El demandante, como lo estima el señor Agente del Ministerio Público, ha probado el cargo que hace a la sentencia recurrida con invocación de la causal cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, pues tal fallo fue pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

"En efecto, el procesado recurrente careció de toda defensa, por lo cual se violó el precepto contenido en el artículo 26 de la Constitución Nacional.

"En esta norma señala la Carta que 'nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante el Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio'.

"Y una de las formalidades del juzgamiento, ha dicho la Corte, es la de que 'el procedimiento en todos estos casos garantice al sindicado los medios de defensa' (sentencia de 13 de noviembre de 1928, *G. J.*, T. XXXVI, p. 203).

"Este derecho de defensa se concreta en las diferentes facultades que la ley de procedimiento le confiere al procesado para ejercitarla. Consiste, como anota Vicenzo Manzini, en una 'actividad procesal dirigida a hacer valer ante el Juez los derechos subjetivos y los intereses jurídicos del imputado'. Es el derecho de probar y de alegar la inocencia, o cualquiera circunstancia que modifique el grado de la responsabilidad.

"El Código de Procedimiento Penal, al ocuparse de esta trascendental garantía, dispone que el sindicado cuente con la asistencia jurídica de quien pueda adelantar su defensa y realmente la lleve a cabo. (Arts. 104, 107, 432 y 433, entre otros).

"Al respecto, es obvio que esta asistencia jurídica no consiste, como ocurrió en este proceso, en que el apoderado únicamente tome posesión de su cargo.

"Esta Sala observa que 'no puede negarse que entre las formas propias del juicio penal, son de extraordinaria importancia aquellas que se refieren al ejercicio efectivo del derecho de defensa, y las dos manifestaciones primordiales de éste son la producción de pruebas y los alegatos orales o escritos. La sentencia que condena a un reo sin que los Jueces hayan oído su de-

fensa, o sin que se le hayan dado los medios de aducir pruebas, es violatoria, no sólo de la ley de procedimiento, sino también de la Constitución Nacional'. *(G. J.,* T. LXXVI, No. 2134, págs. 434 y siguientes).

"Es incuestionable que la búsqueda de la verdad y la aplicación justa de la sanción, como objetivos primordiales del proceso penal, únicamente resultan legítimos si se asegura al sindicado una efectiva defensa. Y ésta implica su asistencia jurídica cuando él, por falta de los conocimientos pertinentes, no puede valerse por sí mismo.

"Y siendo evidente que en este proceso el reo Manuel Jaramillo Urrego careció de dicha asistencia jurídica, pues sus defensores se limitaron a tomar posesión del cargo, es obvio que la sentencia acusada, como se dejó dicho, fue proferida en un juicio viciado de nulidad, por el desconocimiento que en el trámite de las instancias se hizo del derecho de defensa".

8ª Acorde con las consideraciones que preceden, la Corte invalidará el fallo acusado, a efecto de que se reponga el procedimiento a partir del auto de 15 de febrero de 1961, advirtiéndose, de una vez que al proceso debe dársele el trámite ordinario, dado que el Decreto 0012 dejó de regir.

DECISION:

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, en desacuerdo con la opinión del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *invalida* la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, a que se ha hecho mérito, y *ordena* devolver el proceso al Juzgado Tercero Superior del mismo Distrito, por conducto del Tribunal referido, a efecto de que se reponga el procedimiento en la forma indicada en la parte motiva.

Notifíquese y cúmplase. Publíquese en la *Gaceta Judicial.*

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León, Secretario.

REVISION

Naturaleza y fines de este recurso. — Alcance de los hechos nuevos o de las pruebas nuevas para evidenciar la inocencia del condenado.

1. El recurso de revisión como extraordinario que es, ya que representa una excepción a la inviolabilidad de la cosa juzgada, debe sustentarse sobre bases que demuestren los presupuestos que como causales propicias para invocarlo consagra la ley. La revisión no es una tercera instancia, y ello implica que a la Corte no le compete una nueva valoración de la prueba con el supuesto invocado en el recurso de que el Tribunal se equivocó en la que consideró idónea y eficaz para condenar. Se desnaturalizaría el recurso si se le confunde con la casación cuando en éste se contempla como posibilidad en los procesos sin intervención de jurado, que revise nuevamente los factores probatorios determinados de la condena, dentro de los límites de la prudente libertad y autonomía de que gozan los Jueces de instancia. La revisión no tiende, como la casación, a la defensa y protección de la ley, sino que está dirigida a proteger la inocencia del que fue injusta y evidentemente condenado, porque las pruebas en que ésta se fundamentó y que determinaron el fallo son falsas. Si esta circunstancia no se demuestra porque las que sustentan el recurso no conducen a hacer patente ese extremo, quiere decir que la revisión es inadmisible.

2. El hecho nuevo a que la ley se refiere debe tener la eficacia suficiente para establecer la inocencia o irresponsabilidad del procesado que fue injusta y arbitrariamente condenado por un delito al que fue ajeno o en el que no participó, y por el cual sufre una pena que constituye un evidente error.

Pero para ello precisa que no baste asignar a una prueba producida en el trámite del recurso la calidad de hecho nuevo o nova como la denominan los procesalistas.

"Los nova a que se refiere este presupuesto —dice Fenech— son equivalentes; en efecto, un hecho nuevo equivale a un elemento de prueba nuevo, puesto que el hecho por sí mismo no puede evidenciar la inocencia del condenado, a menos de constituír prueba por sí mismo (descubrimiento de un documento) si no es mediante su calidad de objeto de una prueba determinada". ("Derecho Procesal Penal", Tomo III, pág. 1207).

No es que en la revisión se presenten otras pruebas que se pretenda por el actor constituyan nuevos elementos de juicio, que no fueron tenidos en cuenta en las instancias. Lo pertinente es que se produzcan en su verdadero alcance jurídico y legal hechos nuevos con capacidad bastante para que del examen, análisis y apreciación de ellos se llegue a la certeza de la inocencia o irresponsabilidad del condenado, y por lo menos que la gravedad misma de aquéllos constituyan indicios vehementes de esa irresponsabilidad o inocencia, "para lo cual se requiere, como dice la Corte, que tales hechos y pruebas tengan el alcance de modificar la interpretación de la realidad procesal en sentido contrario de la que aparece en la sentencia". (G. J., Tomo LXXXIV, pág. 118).

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, tres de octubre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A.).

Vistos:

El señor Juez Segundo Superior de Popayán y el Tribunal Superior de la misma ciudad, con

fecha 12 de agosto de 1959 y 20 de junio de 1960, respectivamente, dictaron sentencia condenatoria contra Inocencio Balanta Villegas, entre otros procesados, fallo que se produjo con el procedimiento extraordinario del Decreto 0012 de 1959, que regía en la época en que se consumaron los delitos de homicidio y robo, perpetrados en cuadrilla, en el amanecer del miércoles 26 de noviembre de 1958, en la hacienda denominada "Mendiola", del Municipio de Corinto, en el Departamento del Cauca.

En su carácter de apoderado especial de Balanta Villegas, el doctor Jorge Hurtado C. interpuso contra los aludidos fallos el recurso extraordinario de revisión, que procede a decidir la Corte, ya que se han cumplido los trámites propios del recurso y la demanda, al menos por el aspecto formal, aunque no estrictamente técnico, como se apreciará después, llena los requisitos mínimos indispensables para impetrar la revisión del proceso.

Antecedentes:

De las distintas relaciones de los sucesos que obran en autos, todas ellas pormenorizadas y concordantes con las pruebas del proceso, toma la Sala la producida por la sentencia de segundo grado, porque aparte de ser sucinta comprende todo lo ocurrido en la medida necesaria para captar los detalles más importantes del sangriento drama en que perdieron la vida el mayordomo de la finca en que ocurrieron los hechos, Segundo Barbosa, la cónyuge de éste, Dolores Solano de Barbosa, que se encontraba en estado de gravidez, la sirvienta Ernestina Cobo, y fue herido Alvaro Vargas, muertes que las necropsias señalan como causadas por "destrucción de la masa cerebral y anemia aguda", para los dos primeros; "anemia aguda y perforación cardíaca", para la Cobo, e incapacidad de 20 días para Vargas. Barbosa, según la misma diligencia, presentó 9 heridas en distintas partes nobles del cuerpo, una de ellas en el cráneo, que los peritos califican de "horripilante", que "destrozó totalmente la masa encefálica y le causó la muerte en forma instantánea; una segunda en la región lateral y posterior del cuello, que le interesó la casi totalidad del mismo, de 18 centímetros de longitud, y dos horizontales en el abdomen y en forma transversal de 20 centímeros..., que pusieron en descubierto las masas intestinales", para no mencionar sino las más graves y de mayores destrozos orgánicos.

Dolores Solano de Barbosa, como ya se dijo, en estado de gravidez, recibió de los asesinos tres graves heridas: una en la cabeza, de 20 centímetros de longitud, que los legistas califican de "enorme" y "que puso en descubierto la casi totalidad de la masa encefálica"; la segunda en la "cara lateral del cuello, trasversal, de 18 centímetros de longitud por 7 de profundidad", y la tercera "en la cara interna del muslo, de 4 centímetros de longitud por 3 de profundidad".

Ernestina Cobo presentó 160 orificios "de entrada de municiones pequeñas, en la región lumbar y sacra, como también en los lomos de una extensión de 30 centímetros", pero que únicamente le interesaron la piel y el tejido celular. "Presenta además —dice la necropsia— tres orificios de entrada de proyectiles de revólver, que le causaron graves destrozos orgánicos, uno de los cuales atravesó el ventrículo izquierdo del corazón y el lóbulo medio del pulmón izquierdo", causando la muerte en pocos minutos.

La relación a que se ha aludido es del siguiente tenor:

"Cerca de las cuatro y media de la mañana del miércoles 26 de noviembre de 1958, se hallaban en el corral, en las labores de ordeño de los ganados, los trabajadores de la hacienda de "Mendiola", sita en el Municipio de Corinto, y de propiedad del señor Harold Bohomer. En esta tarea estaban José Cadavid, Alvaro Vargas, Manuel Valencia y Jorge Mogrovejo.

"Al enterarse que los ganados se asustaban vieron de inmediato un grupo de hombres armados que gritaron 'alto y manos arriba'. En seguida requisaron a los vaqueros y los amarraron a un poste o bramadero.

"Alvaro Vargas, quien arreaba los ganados, logró escapar y ocultose debajo de un puente, mas de allí fue sacado y herido en un hombro por uno de los forajidos.

"Acto seguido, el que parecía jefe de la cuadrilla exigió que uno de los vaqueros de la hacienda le enseñara el lugar donde dormía el mayordomo Abraham Segundo Barbosa. Así soltaron a José Cadavid. A éste lo instruyeron diciéndole, so pena de dar muerte a todos, que debía llamar a Barbosa, manifestándole que una vaca se había accidentado, motivo por el cual urgía su presencia. Cadavid cumplió su cometido.

"La sirvienta, de nombre Ernestina Cobo, salió y abrió la puerta. Fue muerta en el acto. Esta era la compañera de Alvaro Vargas.

"Luego entraron los bandoleros, regresando uno de ellos a Cadavid, a quien dejaron al lado de sus compañeros, debidamente atado. Desde ahí escuchó con sus amigos el tiroteo.

"Entre tanto los otros forajidos acribillaban al mayordono Barbosa y a su mujer, Lola de Barbosa, a tiros y machetazos.

"Al propio tiempo algunos de los asaltantes requisaban la casa, robándose el radio de la hacienda y otros elementos, útiles y enseres, entre los cuales estaba el revólver del mayordomo y dos escopetas para el servicio de la finca".

Demanda:

El libelo acusa confusión y no muy segura técnica en cuanto a la forma de presentar en capítulos separados y diferentes las causales que alega, para con fundamento en ellas, impetrar la revisión del juicio en lo que concierne al procesado Balanta Villegas, condenado por los delitos de homicidio (asesinato) y robo a la pena principal de 24 años de presidio y accesorias de rigor, la que fue adicionada por el Tribunal a tres años de Colonia Agrícola Penal, como lo fue también la principal, pues el fallo de primer grado impuso a Balanta y a los otros condenados, sólo 15 años de presidio y guardó silencio en cuanto a la última pena nombrada, reconociendo la complicidad correlativa, situación jurídica ésta que aquella corporación cambió por coparticipación criminal.

Con sobra de razón la Procuraduría Delegada en lo Penal, representada en el caso por el señor Procurador Primero, formula el reparo de que la demanda incurre en notorio error técnico, al prescindir de dar un tratamiento más acorde con el recurso, señalando en capítulos distintos y separados los fundamentos en que apoya cada una de las causales invocadas, que son, porque esto sí lo dice de manera expresa, la 3ª y 5ª del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, pero con el objeto de involucrar los temas controvertidos, los que producen confusión en el planteamiento de los propuestos en la demanda.

Para metodizar el estudio puede comprenderse que en la primera parte el libelo se dirige a invocar la causal quinta, porque la manera de plantear sus fundamentos parece indicar que hace referencia a que se han producido nuevos hechos o nuevas pruebas, que no fueron tenidas en cuenta por lo mismo en los debates de las instancias, mientras que en la segunda parte la causal propuesta con amparo en la tercera del estatuto procesal, se orienta a tratar de establecer, como fundamento del recurso, la falsedad de la prueba constituída por el testimonio de Manuel Valencia Loboa, peón de la hacienda donde el crimen se perpetró, que al decir del actor, fue la base angular de la condenación de Balanta.

Formula en seguida algunas críticas contra la manera de apreciar la prueba para hacer resaltar las contradicciones en que afirma incurrieron los testigos que presenciaron los hechos como peones que eran de la hacienda, para concluír aseverando que: "De manera que, por lo que acaba de verse, este testigo no hace imputación a *Inocencio Balanta*" (subraya el texto).

Luego formula también reparos a la manera como el Tribunal apreció el testimonio de Alvaro Vargas del que transcribe la síntesis que de éste hizo la sentencia, para terminar con el siguiente planteamiento, que representa la parte fundamental, y si se quiere única de fundamentación jurídica del recurso, que en la debida oportunidad tendrá en cuenta la Sala. Dice:

"He transcrito la parte pertinente de la sentencia para que la honorable Corte aprecie a la simple lectura la clara y perfecta contradicción de este testigo en hechos fundamentales. No se me escapa que un recurso de revisión, como el presente, no es un análisis de pruebas ya consideradas en el fallo, pero no es menos cierto que solamente un error dialéctico de los juzgadores pueda determinar un fallo sobre un testimonio de esta naturaleza, que ni con la lámpara de *Diógenes* puede saberse cuándo dijo el testigo la verdad. En cuanto a los otros testigos, como se desprende de la síntesis hecha por el Tribunal, no perfilan cargos de responsabilidad en contra de Inocencio Balanta, determinan sí responsabilidad contra otros sujetos, entre ellos, en forma clara y precisa, la responsabilidad del sujeto *Miro Rojas,* a quien todos ellos le sindican actuaciones en los momentos coetáneos del delito y a quien se le ha sobreseído en estas diligencias. El Tribunal fundó una responsabilidad solidaria sin enlace lógico. Y así vemos el fenómeno de que una sentencia como la del Juzgado *a quo* condena a *siete sujetos,* cuando dando crédito al testigo *José Cadavid* (fl. 67) *sólo fueron seis* (6) los bandidos que llegaron a la hacienda; en dicha sentencia aparecen condenados siete individuos, cuando al decir de los testigos no eran más de seis los atacantes. Las matemáticas son leyes exactas, y parece que en estas sentencias esos principios elementales aparecen violados. Pero sigamos transcribiendo los testimonios que se dicen básicos, para que se aprecie que se pone en boca de los testigos hechos no afirmados por éstos, lo que resta a la sentencia no credibilidad sino la base misma de la imputación penal.

"Dice la sentencia: '*José Cadavid Cadavid* fue careado con Sofonías Valencia (fls. 130 y 205)

y Miro Rojas (fls. 134 y 207). Les sostiene los cargos hechos antes. A Inocencio Balanta, a *quien no conoce, no lo vio ese día* (subraya la defensa) (fl. 208 vto.). Asevera Cadavid (fl. 134) que Rojas fue uno de los que entraron a la casa de Barbosa, en compañía de Chelo, de Sofonías Valencia y del tocayo de Mogrovejo, de nombre Jorge. En diligencia de reconocimiento (fls. 101 y ss.) practicada en Cali, el 7 de enero de 1959, en las dependencias del SIC, Alvaro Rojas reconoció a Miro Rojas, pero no está seguro lo haya visto en la hacienda de 'Mendiola' en el día de los hechos. Sentencia del honorable Tribunal, folio 5 de las copias.

"Como se ve, este testigo no incrimina a Inocencio Balanta; hace cargos contra los demás, y de manera concreta en contra de Miro Rojas, a quien le sobreseyó el Tribunal.

"Se cumple en el presente caso la causal 3ª del artículo 571 de la Ley 94 de 1938, y debe prosperar el recurso de revisión intentado contra la sentencia, materia del recurso. Dice la expresada causal: '3ª Cuando alguno esté cumpliendo condena y se demuestre que es falso algún testimonio, peritazgo, documento o prueba de cualquier otra clase que haya podido determinar el fallo respectivo' ".

Copia a continuación alguna doctrina de la Corte *(G. J.,* Tomo LXXXIX, Nos. 2203-4-5, pág. 544), con la cual sustenta esta afirmación, la que pone término a los argumentos en que fundamenta la causal tercera. Dice al respecto:

"Efectivamente, como se deja visto, los testimonios en que fundamenta el Tribunal su fallo no incriminan efectivamente al procesado sino a otros sujetos. Esa presunta solidaridad observada por el Tribunal no aparece demostrada en parte alguna, y menos en forma directa contra Inocencio Balanta V. Se cumple la causal invocada".

Con el título *"Testimonio, base angular de la sentencia condenatoria, cuya falsedad aparece demostrada posteriormente",* cuya sola enunciación ya indica que parece dirigido a demostrar la causal tercera, aunque la confusión de la demanda los presente por separado con similares razonamientos, el actor hace una serie de observaciones tendientes a sentar esta conclusión, síntesis de su pretensión para hacer viable la revisión del proceso en cuanto a la condenación de Inocencio Balanta, después de transcribir los testimonios de Manuel Valencia Loboa, el rendido dentro del proceso, y que el sentenciador apreció en las consideraciones que le sirvieron para concluír en la responsabilidad de Balanta, como el que por el mismo Valencia fue producido extrajuicio, a petición del apoderado, ante el señor Juez Penal del Circuito de Santander, el día 14 de febrero de 1961, "es decir, con posterioridad a la sentencia definitiva dictada con ocasión de este asunto, y la cual se acompaña original a las presentes diligencias", como dice textualmente la demanda.

Esta se produce así, en lo pertinente:

"Acompaño a la presente demanda la declaración extrajuicio del señor *Manuel Valencia Loboa,* anterior declarante, y como se ve, por lo inmediatamente transcrito, pilar básico de la acusación. Veamos qué responde al nuevo interrogatorio formulado al testigo: 'Diga si es verdad que en su calidad de perjudicado le correspondió declarar en el proceso penal que se adelantó en averiguación de los responsables del crimen cometido en la hacienda de 'Mendiola', de propiedad del señor Harold Bohoner, hecho realizado en la madrugada del día 26 de noviembre de 1958? Y si es verdad, ¿que en dicho proceso rindió diferentes declaraciones en distintas épocas? Contesta: Sobre el punto b) dijo: Efectivamente yo rendí declaración con los hechos ocurridos en 'Mendiola', que tuvieron lugar el día 26 de noviembre de 1958. No tengo precisión cuántas veces declaré, pero sí fueron varias. Contestando otras preguntas del interrogatorio formulado, responde: Al punto c) expuso: *Yo nunca he incriminado al señor Inocencio Balanta V.* y mal puedo decir que no lo conozco, porque efectivamente sí lo conozco. *Yo en ninguna de las declaraciones que rendí he dicho que el señor Inocencio Balanta V. haya sido uno de los asaltantes, pues yo no lo vi. En todas mis declaraciones he dicho lo mismo que estoy diciendo ahora.* Al punto d) expuso: Repito que yo nunca he incriminado al señor Inocencio Balanta, pues a mí no me consta si él estuvo en dicho crimen. Al punto e) dijo: A mí no me consta que el señor Balanta haya estado en el asalto a que me he estado refiriendo, que ocurrió en el punto o hacienda de 'Mendiola'. En todas mis declaraciones anteriores he dicho lo mismo que estoy diciendo ahora.

"Esta declaración fue rendida en el Juzgado Penal del Circuito de Santander, el día 14 de febrero de 1961, es decir, con posterioridad a la sentencia definitiva dictada con ocasión de este asunto, y la cual se acompaña original a las presentes diligencias.

"Como se vio, en la parte anteriormente transcrita, fue uno de los testigos claves para el fallo condenatorio del señor Inocencio Balanta. Des-

pués de su condenación ha declarado ante la justicia nuevamente, y con claridad meridiana manifiesta que nunca ha incriminado al señor Inocencio Balanta, y que en ninguna de sus declaraciones ha dicho que el señor Inocencio Balanta ha sido uno de los asaltantes. Se trata, pues, de una 'nueva prueba', 'no conocida al tiempo de los debates' que establece, como lo exige el numeral 5º del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, la inocencia o irresponsabilidad del condenado, o que constituye siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad".

Remata así, en esta parte, el libelo:

"Creo, firmemente, que con el nuevo testimonio presentado se abre ante el espíritu de cualquier persona que analice este proceso una profunda duda, formidable, elemental de la relatividad de los juicios humanos y su posible error".

Analiza lo que llama "otra circunstancia", la cual hace consistir en que el procesado, debido a su pobreza, le fue imposible nombrar un abogado titulado para su defensa, la que fue confiada a un "joven estudiante, quien, por circunstancias legales de procedimiento, no pudo solicitarle en la debida oportunidad las pruebas pertinentes para demostrar su inocencia".

Concluye anunciando las pruebas que presenta para sustentar el recurso.

Réplica del señor Representante del Ministerio Público.

Este alto funcionario, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, con su acostumbrada pericia, después de anunciar el método que ha decidido seguir en su respuesta a la demanda, el que afirma que acoge "por una simple razón de economía procesal, más adjetiva que científica o jurídica", alude en primer término a los argumentos aducidos para invocar la causal tercera de revisión.

En este orden de ideas, la presenta como "*Falsedad en la prueba determinante del fallo*". Y la contesta así:

"Afirma el recurrente que el testimonio de Manuel Valencia Loboa determinó la condena de su patrocinado, y para demostrar que esta prueba es falsa, se apoya en la declaración extrajudicial rendida por el mismo señor Valencia Loboa, a solicitud del propio doctor Hurtado C., y que obra original, entre la documentación acompañada a la demanda de revisión, a los folios 33 y 34 del cuaderno de la honorable Corte.

"Sin embargo, ocurre que a pesar de las diligencias hechas al respecto, de la buena voluntad del abogado demandante y de las autoridades respectivas, la invocada declaración no fue ratificada en autos, por cuya circunstancia no es dable tenerla en cuenta para los efectos y fines de la revisión solicitada. (Fls. 55, 57, 63 y 90 a 99).

"Por lo demás, una lectura atenta de las sentencias pronunciadas y del proceso mismo, ponen claramente de presente que la actuación del testigo Valencia Loboa dentro del juicio, en realidad no tuvo carácter preponderante, especial o decisivo, etc., hasta el extremo de poder decir que ella por sí misma, abstracción hecha de las demás pruebas existentes en el proceso, determinó la condena de todos los procesados y, especial o particularmente, la del recurrente Balanta Villegas.

"De otra parte, es inaceptable la calificación que el demandante le da a esta declaración, en el sentido de que es una 'nueva prueba', de acuerdo con lo previsto por la ley al tratar de la causal quinta de revisión.

"Y no es una nueva prueba, porque ella no es más que una pretendida aclaración del deponente a su dicho en orden a desvirtuar la interpretación que pudiera o hubiera podido dársele por el fallador.

"En consecuencia, es el caso de concluír que no es viable la causal tercera".

No puede ser más preciso y contundente el planteamiento del colaborador, y para respaldarlo la Sala agrega algunas consideraciones no fuera de lugar en casos como éstos.

En este proceso, como en todos los de su especie, originados en la vergonzosa e inhumana violencia que padece hace ya largo tiempo la Patria, se pone de manifiesto una vez, y no será por infortunio la última, el terrible trance por el que pasan los testigos que deben deponer para ayudar a la justicia a descubrir a los facinerosos y forajidos, a fin de establecer la responsabilidad de los autores y partícipes en tan horrendos y espantables crímenes.

Los testigos presenciales, peones todos al servicio de la hacienda en donde se perpetró el cobarde asesinato, José Cadavid, Alvaro Vargas, Manuel Valencia Loboa y Jorge Mogrovejo, quienes presenciaron los hechos, amarrados a un poste o bramadero, mientras los asesinos cumplían sus monstruosos designios, matando con machetes (en un principio se pensó, por los graves destrozos del cuerpo de las víctimas, que se había empleado hachas) y armas de fuego, a un hom-

bre, el administrador de la hacienda, y a dos indefensas mujeres, una de ellas en estado de gravidez, produciendo las graves heridas que describen las necropsias, víctimas que fueron sorprendidas inermes y desprevenidas; esos declarantes, que con el horror que es fácil suponer, presenciaron la cruel masacre, porque los forajidos previamente los amarraron para que no estorbaran sus planes, sin embargo, por temor y miedo, por cierto justificable y claramente explicable, en un principio denegaron ayudar a la justicia, pues aquellos estímulos psicológicos los determinó a guardar un prudencial silencio en el que predominó por encima de toda consideración un elemental instinto de conservación.

Con todo, convencidos de que la actividad de las autoridades estaba dispuesta a lograr sus propósitos de no dejar el crimen impune, ya menos intimidados, resolvieron narrar los sucesos tal como los presenciaron y de esta manera prestar un servicio eficaz a la justicia, que sin esta ayuda es casi nada lo que puede hacer para erradicar la violencia en las infortunadas zonas en que ésta opera.

De manera que la circunstancia de que las cosas hubieran sucedido así, de nada sirve para modificar las consecuencias jurídicas del proceso en orden a pretender que existe una falsedad en la prueba que sirvió de base a la condenación, y que, por consiguiente, es viable su revisión por operar la causal tercera, desde luego que la falsedad de un testigo no se mide porque rinda dos testimonios discrepantes entre sí, que la misma retracción los haría inoperantes, sin excluír una infracción por falso testimonio, cuestión aquella operante posiblemente en el recurso de casación, sino porque en realidad en la revisión se establezca de modo indubitable que esa única prueba falsa determinó el fallo respectivo por el cual "alguno esté cumpliendo condena".

Las declaraciones de Manuel Valencia Loboa figuran a folios 60, 76 y 115 del cuaderno principal, y en el correspondiente a la Corte se encuentra a folio 34. De su confrontación más minuciosa, cabe anotar, aparte de las juiciosas apreciaciones del señor Fiscal colaborador, anteriormente reproducidas, que lo único nuevo que contiene aquel testimonio, dentro del recurso, es su escueta y no explicada afirmación: "Yo en ninguna de las declaraciones que rendí he dicho que el señor Inocencio Balanta V. haya sido uno de los asaltantes". Lo ambiguo y extenso de una aseveración así producida, no puede tener distinto origen a como fue formulada la pregunta, porque ambas se compaginan de tal suerte que bien pudiera decirse que la respuesta no es otra "que es cierto el contenido de ésta", forma nunca admitida por la ley (art. 239 del C. de P. P.); y lo que es todavía más diciente es que esas preguntas, que constan a folio 33 del cuaderno de la Corte, fueron contestadas de manera ambigua, como resulta de la circunstancia de que en el interrogatorio a que fue sometido extralegalmente se le formulara la pregunta de si deseaba "declarar ante la justicia y explicar las contradicciones en que incurrió en las distintas versiones que allí dio", y si quería manifestar que conforme a ellas creía que Balanta es "inocente de dicho crimen" y hacer "una relación verídica para que un inocente no sea castigado", guardó sobre ello significativo silencio, no explicable de otra manera que por un fenómeno de restricción mental, no quiso comprometerse en afirmaciones de tal calibre, y dejan la nítida impresión de que el testigo entrevió que no podía arriesgarse a tanto al contestarla.

El siguiente es el texto de tal testimonio recibido extrajuicio, y que no pudo ser ratificado en forma legal, por lo cual nada vale jurídicamente, pero sí desde el punto de vista moral presta mérito para concluír que no fue sobre una prueba falsa como sobrevino una condena penal, como lo pretende la demanda.

Al preguntársele sobre el particular, Manuel Valencia respondió: "Efectivamente, yo rendí declaración en relación con los hechos ocurridos en 'Mendiola', que tuvieron lugar el día 26 de noviembre de 1958. No tengo precisión cuántas veces declaré, pero sí fueron varias. Al punto c) expuso: Yo nunca he incriminado al señor Inocencio Balanta V., y mal puedo decir que no lo conozco, porque efectivamente sí lo conozco. Yo en ninguna de las declaraciones que rendí he dicho que el señor Inocencio Balanta V. haya sido uno de los asaltantes, pues yo no lo vi. En todas mis declaraciones he dicho lo mismo que estoy diciendo ahora. Al punto d) expuso: Repito que yo nunca he incriminado al señor Inocencio Balanta, pues a mí no me consta si él estuvo en dicho crimen. Al punto e) dijo: A mí no me consta que el señor Balanta haya estado en el asalto a que me he estado refiriendo, que ocurrió en el punto o hacienda de 'Mendiola'. En todas mis declaraciones he dicho lo mismo que estoy diciendo ahora. No tengo nada más que agregar...".

De lo dicho debe concluírse que el recurrente desvía la atención respecto a la prueba que se tuvo en cuenta en las instancias para condenar a Balanta, hacia el testimonio de un solo declarante, que dentro de la motivación de los fallos, como lo demuestran las transcripciones que

en lo pertinente hace el señor Procurador Delegado, no fue considerado como factor único determinante de la sentencia condenatoria que recayó sobre tal sujeto por su participación principal en el grave crimen que se imputó.

Por otra parte, apreciado en sus exactos términos ese testimonio —y de aquí la conveniencia de su reproducción— no autoriza, ni remotamente, para considerarlo como retractación de afirmaciones jamás hechas, porque en ningún momento fueron producidas en el sentido de cargos concretos contra Balanta que motivaran ellos únicos su condenación. Afirma apenas, no sobra repetirlo, que no ha dicho nada sobre la presencia de este sujeto entre los asesinos asaltantes. Esto en ningún momento ha incidido en las decisiones judiciales que se busca hacer inoperantes con el recurso de revisión.

No prospera, por consiguiente, la causal tercera.

Causal quinta. Hechos nuevos o nuevas pruebas.

Como tales presenta —dice el señor colaborador Fiscal de la Corte— las siguientes, producidas todas ellas dentro del trámite del recurso en esta corporación:

"Las declaraciones extrajudiciales rendidas por los señores Carlos Enrique Galvis, Margarita Rivera, Margarita Gómez de Aguilar, Salomón Abnía Mancilla, Nilo Gonzalías, Juan Francisco Sandoval y Vicente Bustamante, por una parte; Ignacio Balanta Zapata, por otra parte, y Aparicio y Tulio Carabalí, todas ellas debidamente ratificadas dentro de la actuación, y las cuales se recibieron, por solicitud del señor abogado Hurtado C., a mediados del mes de marzo de 1961, las de los tres últimos, siendo esto un detalle de máxima importancia, ya que los hechos que originaron el proceso tuvieron lugar el día 26 de noviembre de 1958, y los fallos de primera y segunda instancia se pronunciaron, respectivamente, el 12 de agosto de 1959 y el 20 de junio de 1960.

"Con base en tales declaraciones pretende el señor abogado demandante darle entidad a la coartada alegada por su patrocinado, o mejor dicho, acreditarla en esta actuación".

Con este planteamiento la Procuraduría Delegada entra en un severo y minucioso análisis de los elementos de juicio que el Tribunal y el Juez Superior de la causa tuvieron en consideración para concluír en la responsabilidad de Balanta. Al efecto reproduce la parte pertinente de la indagatoria de éste, en donde señala ya el derrotero de su defensa, afirmando que el día porque se le pregunta se encontraba en su casa de habitación en compañía de su esposa y de su hija, y al concretarlo a que señalara cuáles otras personas estaban allí, en la madrugada de ese 26 de noviembre, apenas dice que "en mi casa me vio don Antonio Aguilar y mi esposa" (fl. 118).

No considera la Sala pertinente hacer referencia con su transcripción a las distintas razones que tanto en la primera y en la segunda instancia fueron examinadas, porque su reproducción exacta contenida en el concepto del Ministerio Público exonera de ello. Y porque de lo que aquí se trata es de comprobar, para los efectos de la viabilidad del recurso de revisión, es si existen o no pruebas nuevas o nuevos elementos probatorios que no se tuvieron en cuenta al tiempo de fallar, y que efectivamente demuestren la inocencia o irresponsabilidad del reo. Si este extremo no se establece la revisión no puede prosperar, ya que es un recurso sustancial y jurídicamente distinto de la casación, que no autoriza revivir un debate ya agotado, porque de otra suerte se confundirían los dos recursos, cosa que la ley no admite ni la doctrina en parte alguna acepta.

Pero lo que sí no puede eludirse, porque prestan a las consideraciones de este fallo decidido y amplio apoyo, son los argumentos que el distinguido colaborador sustenta para afirmar la tesis central y básica con la que concluye su afirmación rotunda de que "la coartada no fue plenamente probada".

Dice al efecto:

"Es indudable que uno solo de los cuatro testigos presenciales de los hechos delictuosos, es decir, Alvaro Vargas, es quien acusa o señala a Inocencio Balanta Villegas como uno de los individuos que intervino en el asalto a la casa de la hacienda de 'Mendiola'.

"Es cierto también que su dicho lo sostiene enfática y continuamente a través de todas sus actuaciones en el investigativo, e igualmente es cierto que el incriminado Balanta Villegas sostiene cerrada y rotundamente su inocencia.

"Su condenación se debe a la deficiencia de la prueba de la coartada, y sobre ésta se insiste al sustentar el recurso de revisión, haciendo pie en las declaraciones, no ya de los parientes de Balanta Villegas (testigos de su vida privada en el interior de su hogar, y puede decirse, aun dentro de su alcoba), sino de sus vecinos inmediatos, no sólo de aquellos que se dicen cohabitantes del mismo inmueble que Balanta Villegas y su familia también habitaban, sino de

aquellos que se llaman ocupantes de las casas que rodeaban la anteriormente citada, y aun de otros más habitantes del caserío en el cual residía Balanta Villegas y sus familiares. De estos últimos, dos de ellos, Nilo González y Margarita Gómez de Aguilar ya habían declarado en este proceso (fls. 110 y 173 vto.), el primero refiriéndose a sus actividades en la mañana del crimen, pues fue, según su dicho, quien vino antes que nadie a dar noticia de los hechos a las autoridades del vecino lugar de Padilla; y la segunda, no como 'doméstica' de la familia de Inocencio Balanta Villegas, sino como cohabitante de la misma casa, por ser la esposa de Ananías Aguilar, cuñado de Balanta Villegas (fl. 175).

"Ahora bien, para poder apreciar el valor que, con respecto a la coartada, tienen las declaraciones traídas al presente recurso de revisión, ha de tenerse en cuenta el factor importantísimo que resulta de la inmediata vecindad del caserío de Padilla a la casa de la finca de 'Mendiola', la facilidad de comunicaciones entre uno y otro lugar; y el hecho de que tanto sindicados como testigos y autoridades que intervinieron en las primeras diligencias etc., son todos pertenecientes a tal poblado de Padilla.

"De allí, pues, que examinando las explicaciones dadas por todos y cada uno de los sindicados en sus respectivas indagatorias, se ve que unánimemente trataron, cada cual a su manera, de presentar y comprobar la coartada del caso sin éxito de ninguna clase para la mayoría de ellos.

"Al examinar lo correspondiente al procesado Balanta Villegas, el honorable Tribunal, siguiendo el mismo criterio del Juez de instancia, deshechó las declaraciones presentadas por éste, por virtud, no sólo de ciertas incongruencias, sino también por considerarlas sospechosas de parcialidad, sin tener en cuenta el factor decisivo que anota la Procuraduría, es decir, la facilidad con la cual cualquier habitante de Padilla podía trasladarse en pocos minutos al sitio de 'Mendiola', usando, vr. gr., la bicicleta o cualquier otro vehículo motorizado, no demorarse allí mucho tiempo (como sucedió en el presente caso en que los asaltantes obraron rápidamente, y con la misma velocidad desaparecieron), y estar de regreso al lugar de salida sin que se llegara a observar su ausencia, con más veras si esa movilización ocurría en las primerísimas horas de la madrugada, cuando aún pudiera decirse que era de noche, horas en las cuales ordinariamente todo el mundo está entregado al descanso.

"Los testigos traídos ahora adolecen de la misma deficiencia que es propia de los traídos a la probatoria del proceso. Se habla de haber visto a Balanta Villegas llegar a su hogar, como de costumbre, en las horas de la tarde del día 25 de noviembre de 1958, de haberlo visto retirarse a su habitación a descansar, y de haberlo visto salir de allí, como de costumbre, a eso de las seis de la mañana del día siguiente, y dirigirse luego al lugar de su trabajo. Pero ninguno de tales declarantes afirma que Balanta Villegas *sí permaneció todas las horas comprendidas entre la última vez que lo vieron retirarse a su habitación y la primera que lo vieron salir de la misma para desayunarse, seguir para su trabajo a la hacienda 'La Floresta'*, y asistir, común y corriente a él, como lo declararon los testigos hermanos Carabalíes". (Subraya la Procuraduría).

Se considera:

El recurso de revisión como extraordinario que es, ya que representa una excepción a la inviolabilidad de la cosa juzgada, debe sustentarse sobre bases que demuestren los presupuestos que como causales propicias para invocarlo consagra la ley. La revisión no es una tercera instancia, y ello implica que a la Corte no le compete una nueva valoración de la prueba con el supuesto invocado en el recurso de que el Tribunal se equivocó en la que consideró idónea y eficaz para condenar. Se desnaturalizaría el recurso si se le confunde con la casación cuando en éste se contempla como posibilidad en los procesos sin intervención de Jurado, que revise nuevamente los factores probatorios determinantes de la condena, dentro de los límites de la prudente libertad y autonomía de que gozan los Jueces de instancia. La revisión no tiende, como la casación, a la defensa y protección de la ley, sino que está dirigida a proteger la inocencia del que fue injusta y evidentemente condenado, porque las pruebas en que ésta se fundamentó y que determinaron el fallo, son falsas. Si esta circunstancia no se demuestra porque las que sustentan el recurso no conducen a hacer patente ese extremo, quiere decir que la revisión es inadmisible.

Si la revisión se fundara en la retractación de los testimonios que fueron tenidos en cuenta en la sentencia condenatoria, ello querría decir que se dejaba al arbitrio de esos declarantes atentar contra la cosa juzgada con la segunda versión que en el trámite del recurso produjeran para tratar de que prospere. Este procedimiento conlleva a facilitar, en la medida de su gran inmoralidad, que con el procedimiento de desdecirse

el testigo o con reticencias poner en duda lo que antes afirmó, nunca quedará en firme una decisión judicial tomada con el cumplimiento de todas las normas que regulan el pronunciamiento de un fallo de esa naturaleza.

La falsedad en la prueba determinante del fallo no puede surgir de que el testigo se retracte. Pero aún es más evidente lo anterior, cuando el testigo que se invoca no es precisamente el que tuvo en cuenta el fallador para establecer la responsabilidad.

El declarante cuya retractación se invoca no fue el que determinó la condena. Se pone de relieve así que ni es falso ese testimonio ni tampoco obra prueba nueva que justifique o haga procedente la revisión del proceso.

Sobre este último factor se pretende desprender de la demanda los testimonios traídos en el trámite del recurso para probar la coartada del recurrente.

Pero ni tienen estos elementos el carácter de nuevos hechos porque ya fueron valorados en las instancias ni puede admitirse que una prueba de tal índole sea susceptible de producirse en las circunstancias de autos, porque de admitirse tal proceder, no habría proceso penal si a tal recurso se apelara para establecer una circunstancia que ya valorada sufrió el rechazo por su falta de consistencia probatoria o por los muchos motivos que a tal extremo pueden conducir.

El hecho nuevo a que la ley se refiere debe tener la eficacia suficiente para establecer la inocencia o irresponsabilidad del procesado que fue injusta y arbitrariamente por un delito al que fue ajeno o en el que no participó, y por el cual sufre una condena que constituye un evidente error.

Pero para ello precisa que no baste asignar a una prueba producida en el trámite del recurso la calidad de hecho nuevo o *nova* como la denominan los procesalistas.

"Los *nova* a que se refiere este presupuesto —dice Fenech— son equivalentes; en efecto, un hecho nuevo equivale a un elemento de prueba nuevo, puesto que el hecho por sí mismo no puede evidenciar la inocencia del condenado, a menos de constituír prueba por sí mismo (descubrimiento de un documento), si no es mediante su calidad de objeto de una prueba determinada". ("Derecho Procesal Penal", Tomo II, pág. 1207).

Y la Corte es explícita en exigir requisitos para que se tenga como tal el hecho nuevo que se ofrece con fundamento de la revisión. Ha dicho esta Sala:

"El hecho nuevo o la prueba pueden tenerse como causales del recurso de revisión, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: 1ª) Que no hayan sido conocidos (el hecho o las pruebas) al tiempo de los debates, y 2ª) Que se establezcan la inocencia o irresponsabilidad de los condenados o por lo menos graves indicios de tales inocencia o irresponsabilidad". (Revisión de 8 de mayo de 1953, *G. J.*, Tomo LXXV, pág. 206).

No es que en la revisión se presenten otras pruebas que se pretenda por el actor constituyan nuevos elementos de juicio que no fueron tenidos en cuenta en las instancias. Lo pertinente es que se produzcan en su verdadero alcance jurídico y legal hechos nuevos con capacidad bastante para que del examen, análisis y apreciación de ellos se llegue a la certeza de la inocencia o irresponsabilidad del condenado, y por lo menos que la gravedad misma de aquéllos constituyan indicios vehementes de esa irresponsabilidad o inocencia, "para lo cual se requiere, como dice la Corte, que tales hechos y pruebas tengan el alcance de modificar la interpretación de la realidad procesal en sentido contrario de la que aparece en la sentencia". *(G. J.*, Tomo LXXXIV, pág. 118).

DECISION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, *niega* el recurso extraordinario de revisión a que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y publíquese en la *Gaceta Judicial*. Devuélvase la actuación al Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Popayán.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

NULIDADES

No toda irregularidad o vicio procesal conlleva la existencia de una nulidad supralegal. Nulidades legales por falta de notificación personal. — Interpretación de las causales de nulidad. — La observación por facultativos no es de obligatoria aplicación para todos los sindicados. — Causal 1ª de casación penal. — El motivo fútil y la peligrosidad del agente del delito.

1. En relación con los motivos de impugnación que el demandante alega para establecer que el proceso está viciado de nulidad sustancial o constitucional, cabe observar, ante todo, que aunque en algunos casos esta Sala ha reconocido la existencia de nulidades llamadas "supralegales o constitucionales", a pesar de no estar establecidas expresamente en el Código de Procedimiento Penal, ello solamente ha ocurrido en casos excepcionales y cuando se demuestra que la irregularidad u omisión procesal es de tal naturaleza y entidad que con ella se quebrantan las bases y garantías esenciales del derecho de defensa en juicio, consagradas por el artículo 26 de la Constitución. Esto quiere decir que no toda irregularidad o vicio procesal conlleva la existencia de una nulidad supralegal, "pues para que ésta exista es necesario que sea de tal entidad que ella entrañe un vicio verdaderamente sustancial", en el sentido de que la omisión del acto o diligencia o el vicio del acto procesal afecte las bases mismas del juzgamiento o quebrante o desconozca los verdaderos intereses de la justicia o de las partes. Por esto ha sostenido la Sala que "sólo cuando el error o vicio es fundamental por atacar la esencia misma del juicio o por disminuír las garantías del procesado o de parte legítima, se puede afirmar que se está en presencia de una nulidad constitucional". (Casación del 19 de julio de 1956).

Debe también tenerse presente que esta Sala, en otras oportunidades, ha sostenido que: "En el sumario los casos de nulidad son reducidos y excepcionales, y se refieren a la incompetencia de jurisdicción o a la ilegitimidad de la personería del querellante cuando no puede procederse de oficio. Pueden ser nulos, eso sí, determinados actos o diligencias del sumario cuando la ley requiere que se cumplan formalidades especiales, pero eso no significa que toda la actuación subsiguiente sea inválida, sino que tales actos no pueden tenerse en cuenta". (Fallos del 4 de agosto de 1948 y 18 de noviembre de 1949).

2. El hecho de que el procesado sea asistido en algunas diligencias del sumario y en su defensa por una persona que no sea abogado inscrito, no entraña una nulidad legal ni menos constitucional, pues esto solamente acarrearía sanciones disciplinarias a los funcionarios que permitieron dicha irregularidad.

Además, ni del texto del artículo 104 del Código de Procedimiento Penal ni de ninguna otra norma de carácter procesal se deduce que el apoderado que el sindicado nombre o se le designe de oficio en el sumario, necesariamente tenga la obligación de intervenir en la práctica de todas las pruebas, pues su asistencia solamente es obligatoria en aquellas diligencias en que el procesado debe intervenir personalmente, como la indagatoria, los careos. La intervención del apoderado en la práctica de otras pruebas, como la recepción de testimonios o la de inspección ocular, en que el sindicado no participa personalmente en estas diligencias no es necesaria, y por lo tanto, su no asistencia no da motivo a ninguna nulidad procesal.

3. Las nulidades legales por falta de notificación personal de algunas providencias están taxativamente previstas en los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal, y estos

artículos solamente se refieren a algunas providencias proferidas dentro de la causa o juicio, que se inicia con el auto de proceder, una vez que se clausura la investigación. Los motivos de nulidad que expresa y taxativamente contemplan estos artículos no pueden aplicarse por analogía a situaciones no previstas en la ley, pues como lo ha sostenido la Corte, "la interpretación de las causales de nulidad ha de ser restringida".

4. Como claramente se deduce del contenido del dictamen, el nembutal es un barbitúrico de acción corta, que cuando se toma en bastante cantidad únicamente produce intoxicación aguda, pero no crónica. Ahora, aunque se hubiera establecido en el proceso, con testimonios merecedores de credibilidad, que el procesado realmente tomó el día que consumó el homicidio dosis excesivas de nembutal, ello no le imponía al funcionario la obligación de someter al procesado al examen de facultativos, como lo ordena el artículo 374 del Código de Procedimiento Penal, pues esta disposición se refiere únicamente al caso de que se descubriere que el acusado padecía de "intoxicación crónica", cuando cometió el delito.

Por eso esta Sala ha dicho en otra oportunidad, que: "La observación por facultativos de que trata el artículo 374 del Código de Procedimiento Penal no es de obligatoria aplicación para todos los sindicados, pues la misma ley la establece como condicional, según se deduce de los términos empleados en el texto legal. Así, pues, si el funcionario no descubre en el procesado "indicios de grave anomalía síquica o de intoxicación crónica", no es menester someterlo a la observación de facultativos.

"Los estados patológicos previstos en el artículo 29 del Código Penal no son materia de simple alegación, sino que ellos deben aparecer de pruebas, datos o antecedentes relativos al procesado". (Cas. 28 de febrero de 1942).

5. Con invocación de la causal 1ª, el demandante alega que se interpretó erróneamente o se aplicó indebidamente en la sentencia acusada el artículo 37 del Código Penal, al aumentar la pena en un año de prisión, estimando para ello como motivo de mayor peligrosidad "la ausencia de motivo" para ejecutar el delito, alegando que: "En ninguna parte de su enumeración taxativa el artículo 37 del Código Penal contempla 'la ausencia de motivo' en la ejecución de un delito como circunstancia de mayor peligrosidad que agrave la responsabilidad del agente".

Como con todo acierto lo anota el señor Agente del Ministerio Público, al referirse a este motivo de impugnación: "La alegación que produce sobre el particular es absolutamente bizantina; basta recordar para destruírla que la honorable Corte dijo en casación de 5 de junio de 1936: '... la ausencia de móviles induce a considerar más grave el hecho y más perverso el delincuente'".

El motivo fútil a que se refiere el ordinal 3º del artículo 37 del Código Penal, lógicamente comprende la ausencia o falta de motivo, y así lo han entendido los expositores; por ejemplo, a este respecto, Maggiore expresa lo siguiente: "Fútil es el motivo no proporcionado con el delito, el motivo que por lo exiguo y mezquino no explica la acción criminal, antes bien, denota insensibilidad moral en el agente. Aquí entra el caso del que mata para vengar una leve injuria, o por un litigio insignificante. En estos casos y en otros semejantes suele decirse vulgarmente que se ha obrado 'sin motivo'. Pero como no existen acciones inmotivadas, sólo debe afirmarse que el móvil es fútil, o sea inadecuado, según la psicología común, para determinar el resultado". (Derecho Penal, T. III, pág. 19).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, octubre tres de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo).

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en sentencia de veintinueve de septiembre de mil novecientos sesenta, que confirmó en todas sus partes la proferida por el Juez Primero Superior de la misma ciudad, previos los trámites de los juicios con intervención del Jurado, condenó a Gohar Hoyos Sánchez a la pena principal de diez y seis años de presidio y a las accesorias correspondientes como responsable del delito agravado de homicidio —asesinato— consumado en la persona de Jaime Grisales.

Contra la sentencia del Tribunal de Pereira interpuso el reo el recurso de casación, el que fue formalizado ante la Corte por su apoderado el doctor Carlos Arturo Gil, habiéndose adelantado la tramitación correspondiente, pero a solicitud de la Procuraduría se declaró nula dicha actuación, a partir del auto del 28 de octubre de 1960, en que el Tribunal había concedido

irregularmente el recurso. Subsanada la irregularidad que originó la nulidad declarada por la Corte y agotado el trámite del recurso de casación, la Sala procede a decidir sobre su mérito, por ceñirse la demanda propuesta para sustentarlo a los requisitos formales exigidos por la ley.

Hechos:

Los que dieron origen a este proceso los resume el Tribunal así:

"En la calle de 'Jamarraya' de la población de Apía, y en un establecimiento de cantina de propiedad del señor Luis Felipe García Ruiz, se encontraban a eso de las seis de la tarde del día siete de octubre de mil novecientos cincuenta y seis, los señores Gohar Hoyos Sánchez, solo, recostado al mostrador tomándose una cerveza; Pedro Palacio, parado en el quicio de una de las puertas que dan a la calle, y Jaime Grisales, acompañado de dos campesinos parados al pie del mostrador, ingiriendo cerveza, además de otros parroquianos. En esas entró un cuñado de Grisales a llamarlo para que fuera donde el papá, y cuando el requerido al salir iba en la puerta, Gohar Hoyos, simulando dirigirse al campesino que tenía a su lado, le dijo: 'Mancate hijueputa para que peliemos', e inmediatamente le disparó a Grisales hiriéndolo, para seguirlo luego en la calle, en donde le hizo otros dos disparos, lesionándolo nuevamente. El herido murió a consecuencia de los impactos recibidos, no sin antes haber rendido instructiva, en la cual señaló a Gohar como su agresor, que en ese entonces era guardián de la cárcel de esa localidad".

Demanda de casación.

El actor invoca en la demanda, en su orden, las causales cuarta y primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, por estimar, en primer término, que la sentencia acusada es violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad, o por ser ella, en último caso, violatoria de la ley penal por errónea interpretación o indebida aplicación del artículo 37 del Código Penal, habiéndose por esto aumentado en un año la pena privativa de la libertad.

Con el propósito de fundamentar la causal cuarta y demostrar que el juicio está viciado de nulidad, de carácter supralegal, el actor expresa lo siguiente:

"A) De acuerdo con los términos de las diligencias de indagatoria y de careo practicados con el procesado Hoyos Sánchez, no aparece que se le haya hecho conocer el derecho que tenía de nombrar un apoderado que lo asistiera en todas las diligencias del sumario, como lo prescribe el artículo 104 del Código de Procedimiento Penal. Unicamente se le nombró de oficio para la exclusiva diligencia que se iba a practicar. Por esta razón no tuvo apoderado de oficio ni nombrado por él mismo, mientras el sumario permaneció en poder del Juez 18 de Instrucción Criminal, siendo notoria la falta de defensa que se advierte durante toda esta etapa.

"Hubo, pues, dos omisiones graves de parte del funcionario de instrucción: a) No hacerle conocer al procesado el derecho en que estaba de nombrar un apoderado para que lo asistiera a todas las diligencias del sumario, y no sólo en las indagatorias y careos, y b) No nombrarle apoderado de oficio en vista de que el procesado no lo nombró de su parte, adelantando la actuación procesal en contra del mismo.

"Sólo por esta falta de apoderado durante el sumario se explica que mientras éste permaneció bajo instrucción del Juez 18 de Instrucción Criminal, no aparezca una prueba solícita en su favor, ni ninguno de los declarantes contrainterrogados, y que en una diligencia de inspección ocular que obra a folio 54 vto. del expediente, no se haya hecho intervenir para nada al procesado ni a apoderado que lo representara, y que en lugar de peritos se haya efectuado la diligencia con testigos actuarios, siendo así que se trataba de establecer la reconstrucción de los hechos, y dentro de ésta las condiciones físicas de percepción de los declarantes presenciales.

"Tampoco se tuvo en cuenta por el funcionario el artículo 295 del Código de Procedimiento Penal, por medio del cual estaba obligado a investigar con igual celo todos los hechos favorables al procesado, en cuanto podía eximirlo de responsabilidad, extinguirla o atenuarla. De acuerdo con esta prescripción hubiera de haber ordenado la presencia del procesado a la llamada diligencia de Inspección Ocular en el lugar de los hechos, y de todos los declarantes que en una u otra forma habían declarado, pues sólo se hizo comparecer a Bertilda Zapata y Felipe García.

"La falta de haberle hecho conocer al sindicado que tenía derecho a nombrar un apoderado que lo asistiera a todas las diligencias del sumario, y el que no se le hubiera nombrado de oficio, ya que él no lo designó ni siquiera para la indagatoria y careos, constituye una pretermisión de requisitos esenciales al proceso penal, que por

su gravedad y trascendencia viola el artículo 26 de la Constitución Nacional, por no haberse observado la plenitud de la forma propia del juicio respectivo. Y no se arguya que cuando el sumario llegó al Juzgado Superior hizo el nombramiento de apoderado en abogado titulado e inscrito, porque si se revisa la actuación sucesiva, se advierte que no fue subsanada en forma alguna la deficiencia de la etapa anterior del sumario por la falta de un apoderado, pues ni la reconstrucción de los hechos en legal forma fue repetida.

"El artículo 104 del Código de Procedimiento Penal contiene el ordenamiento, que de incumplirse deniega el derecho que es forma del Juicio Penal en este aspecto, y que en el caso presente se violó por no haberse aplicado debidamente. A causa de esta omisión toda la etapa del sumario afectada por ella, no ofrece el requisito constitucional de "forma propia del Juicio Penal". La doctrina preexistente, de que en la etapa del sumario la investigación corre por cuenta de funcionario, y que en ella se acumula la prueba de cargo de la cual tiene que defenderse el procesado posteriormente, una vez se haya proferido el auto de proceder, no es referente a este caso, porque no se trata de que se haya negado o no una prueba, sino de que la garantía procesal de asistencia de un apoderado que patrocine al sindicado en todas las diligencias sumariales, fue negada desde el primer momento de la indagatoria de Hoyos Sánchez. Y existiendo en el proceso la prueba de esta omisión sustancial, queda evidente la inobservancia de la forma propia del sumario, y con ello la demostración de que no se cumplió con la plenitud del derecho de defensa, celosamente tutelado por la Constitución.

"También se violaron por aplicación indebida los artículos 40 de la Constitución Nacional y el primero de la Ley 69 de 1945, en relación con el aparte c) del mismo; 419 y siguientes, 429 y siguientes, 442 y siguientes, 457 y siguientes, 480 y siguientes y 538 y siguientes del mismo Código de Procedimiento Penal, éstos por aplicación indebida y los primeros por no haberlos aplicado debidamente.

"El artículo 5º de la Ley 21 de 1931 no excusa la violación de orden constitucional, por medio de la cual se acusa la sentencia, porque si su parte última faculta al funcionario para nombrar apoderado de oficio para la indagatoria cuando en el lugar no hubieren inscritos, o por la existencia de cualquier otro motivo debidamente justificado, lo que tampoco ocurre en el presente caso, la omisión del apoderado en el curso siguiente del sumario no está facultado por ninguna disposición legal, ni doctrina alguna podría tolerarlo. Afirmar doctrinariamente que en la etapa del sumario un sindicado puede permanecer sin asistencia de apoderado defensor, o siquiera en algún período de dicha etapa, sería consagrar el desafuero.

"B) El artículo 168 del Código de Procedimiento Penal, que se violó por no haberse aplicado debidamente en la anotada etapa del sumario, es de cumplimiento riguroso e inexcusable, tanto por ordenar imperativamente la notificación al procesado personalmente de todo auto y sentencia si estuviere detenido, como por los propios fines de dicho acto. Con verdad, si el sindicado detenido preventivamente es parte en el proceso, como sujeto de las garantías procesales que exigen, custodian y preservan los derechos de defensa, la notificación de los autos y sentencias no es una facultad potestativa del funcionario, sino un deber, tanto más imprescindible cuanto que dicho acto viene a vincularlo a situaciones procesales con las cuales quedan afectadas la inocencia, la irresponsabilidad, la libertad física y la oportunidad de remediarse los males jurídicos causados con ellas.

"Por otra parte, si la obligación de notificar personalmente al sindicado, surge del hecho de que se encuentra encarcelado como cumplimiento de un auto de detención preventiva, el código ha querido que la acción notificadora se mueva del funcionario hacia el detenido, y no lo contrario, en vista de la imposibilidad física de éste para poder darse cuenta de las providencias que se dicten dentro de su proceso. No se contentó el legislador con que al apoderado se le pudieran notificar personalmente los mismos pronunciamientos. Le dio prelación sustancial a la notificación del propio detenido, y subalternamente al de su representante legal, signo inequívoco que el acto de la notificación prescrita por la disposición enunciada, es otra de las *formas* propias del juicio, en la acepción penal que el término constitucional impone. Al eliminarse esta forma por omisión del funcionario, se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional, de orden sustantivo esta violación, por lo mismo insubsanable, ya que los males causados al procesado no se subsanan por la acción del tiempo, ni por la posterior actuación de la defensa.

"C) El artículo 374 del Código de Procedimiento Penal prescribe al funcionario en forma imperativa poner al procesado a la observación de facultativos, cuando descubra en él indicios de grave anomalía psíquica o de intoxicación

crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia venenosa. Y el inciso final del mismo agrega que sin perjuicio de ese reconocimiento el funcionario recibirá información del estado psíquico del procesado a las personas que puedan dar detalles pertinentes.

"La letra y el espíritu de esta disposición se compadece con la norma general contenida en el artículo 295 del mismo, según la cual el funcionario debe investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que establezcan y agraven la responsabilidad del procesado, sino también las que lo eximan de ella, o la extingan o atenúen; y es una aplicación particular de los ordinales 3º) y 5º) del 294 de la misma obra.

"Las disposiciones legales enunciadas hasta aquí fueron violadas por no haberse aplicado con la debida oportunidad que se requirió en la etapa sumarial a impulso oficioso del funcionario, con el objeto de descubrir el verdadero cuerpo del delito de homicidio y determinar la naturaleza y grado de la responsabilidad del procesado.

"La no aplicación de dichas disposiciones y los efectos detrimentes del derecho de defensa, constituyeron una omisión de orden procedimental tan esencial y decisiva, que a la postre ocasionó la nulidad supralegal que contiene, cuando no se observa, el artículo 26 de la Constitución.

"De acuerdo con el proceso, el conocimiento de que Gohar Hoyos Sánchez acostumbraba la ingestión de pastillas 'nembutal', no le vino al funcionario por sus propias percepciones, es verdad; pero la acción defensiva del apoderado al término de la etapa sumarial sí le llevó ese conocimiento. Las declaraciones de Vitalino Osorio, Germán Hincapié, José Idárraga y la certificación del mismo Director de la Cárcel, todas operantes, dijeron que el procesado acostumbraba dicho barbitúrico, y que cabalmente el día de los hechos lo había ingerido en dosis inmoderada. Llegó, así, y fue verdad del proceso, el conocimiento del probable estado de intoxicación a causa de dicha sustancia, y la posibilidad de que dentro de este estado se hubiera desarrollado la acción física del delito".

Con el fin de sustentar la causal primera de casación y demostrar que se interpretó erróneamente o se aplicó indebidamente, al dosificar la pena impuesta en la sentencia, el ordinal 3º del artículo 37 del Código Penal, el demandante alega lo siguiente:

"A) La sentencia acusada, de acuerdo con la de primera instancia, elevó a 15 años la pena de presidio, por considerar de acuerdo con autos de proceder, con el cuestionario propuesto al Jurado y con la respuesta dada a él por el Jurado de Conciencia que el procesado obró con alevosía, como circunstancia de indefensión e inferioridad en que colocó al ofendido Grisales; y elevó en un año más la pena por la ausencia de motivos que para ejecutar el hecho tuvo Gohar Hoyos, de conformidad con la circunstancia de mayor peligrosidad contenido en el aparte 3º del artículo 37 del Código Penal.

"En uno de los párrafos pertinentes se dijo lo siguiente: 'Lo anterior es índice seguro de su inmensa peligrosidad, por lo cual la regulación que de la pena hizo el *a quo* en *diez y seis años de presidio*, habida calificación de la delincuencia, las circunstancias en que consumó el hecho delictuoso, la ausencia de motivo para ejecutarlo, el grado de ilustración del reo y sus pésimos antecedentes, es correcta y no merece ninguna objeción de la Sala'.

"En ninguna parte de su enumeración taxativa el artículo 37 del Código Penal contempla 'la ausencia de motivo' en la ejecución de un delito como circunstancia de mayor responsabilidad que agrave la responsabilidad del agente; y la Ley Penal no permite que fuera de las circunstancias en él enumeradas el Juez reconozca otras distintas o similares.

"Por consiguiente, la circunstancia de que en la ejecución de un hecho criminal no exista determinado el móvil que indujo a la gente (sic), no permite elevar esta ausencia de móvil a la característica de 'circunstancia de mayor peligrosidad', pues al hacerlo el Juez o Magistrado viola la Ley Penal.

"Tampoco puede confundirse la ausencia de móvil con los 'motivos innobles o fútiles' a que se refiere la circunstancia 3ª de dicho artículo 37, por la extraña contradicción que existe entre la ausencia y existencia a la vez del motivo, ya que es principio fundamental aquel de que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo. La misma redacción del ordinal 3º indica que para poder calificar de fútil o de innoble el motivo ha tenido que hacerse previamente el reconocimiento del mismo. Y como ausencia de móvil significa inexistencia y falta de reconocimiento del mismo, entonces, o no se puede crear una circunstancia no preexistente al hecho, ya que carece de base normativa, o no se puede suplir por analogía con la expresada circunstancia, porque repugna a nuestro sistema penal el poder creador del Juez o Magistrado, que sólo es un instrumento de aplicación de la ley positiva.

"En el proceso en curso la sentencia ameritó ausencia de móvil, lo que sólo fue una omisión procesal de las más graves contra el derecho de defensa, y que consistió, como ya se dijo al estudiar la causal anterior, en no haber hecho un examen funcional a fondo en la persona del procesado, para efectos de establecer las consecuencias que su toxicidad tuvo en la muerte de Jaime Grisales Bedoya. El móvil para sus efectos penales no es solamente el consciente, sino también aquel que se revela por estados confuncionales mentales o volitivos, de extrañada significación médico-legal en el artículo 29 del Código Penal. Precisamente el artículo 294 del Código de Procedimiento Penal, en su ordinal 3º, prescribe al funcionario practicar todas las investigaciones conducentes al esclarecimiento de los hechos, *especialmente* respecto de otras cuestiones, 'los motivos determinantes y los demás factores que influyeron en la violación de la Ley Penal'.

"A causa de la violación demostrada se impuso al procesado un año más de presidio, con base en una doctrina inoperante hoy, puesto que nuestro Código Penal sólo entró a regir el primero de julio de 1938.

"Espero que el señor Magistrado pronunciará la sentencia del caso".

Concepto de la Procuraduría.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, al contestar el traslado de la demanda de casación, después de resumir los argumentos expuestos por el actor para demostrar que las irregularidades procesales que anota han producido nulidades de carácter constitucional, replica con claros y muy atendibles razonamientos aquellos argumentos, oponiéndose, en consecuencia, a que se case la sentencia. Al refutar los motivos de impugnación propuestos en la demanda el señor colaborador Fiscal expresa, en lo pertinente, lo que sigue:

"Los pretendidos motivos, con los cuales se intenta evidenciar la presencia de una nulidad supra-legal, analizados en el fondo y en su verdadera esencia, apenas si constituirían irregularidades o informalidades incapaces de generar violación del artículo 26 de la Constitución Nacional.

"Revisado cuidadosamente el proceso se puede esclarecer que el condenado Gohar Hoyos estuvo asistido por un apoderado nombrado oficiosamente por el Juzgado instructor, tanto en la diligencia de indagatoria como en los careos practicados. Ciertamente, este apoderado no era abogado titulado, pero ello no constituye violalación de la Ley 21 de 1931, si se tiene en cuenta el lugar en donde se adelantó la investigación.

"El sumario fue adelantado con capacidad y celo por parte del instructor, sin descuidar lo preceptuado por el artículo 295 del Código de Procedimiento Penal, y si por el sindicado no hubo petición alguna de pruebas a su favor, esto no quiere decir que el Juez investigador haya violado los mandatos del Código al enderezar el informativo hacia la búsqueda de la verdad observando juiciosa imparcialidad para con el interés del imputado.

"Es evidente que algunos autos dejaron de notificarse al sindicado; tal anomalía debe aceptarse; pero basta recordar el artículo 168 del Código de Procedimiento Penal y el 169 de la misma obra sobre los cuales la honorable Corte ha dicho: '... aunque el Código de Procedimiento Penal ordena que todo auto o sentencia se notifique, ya personalmente, ya por estado o por edicto, según el caso, lo mismo que a su apoderado o defensor, estas notificaciones no son esenciales en el sumario, sino en el juicio en los eventos especificados en los artículos 198 y 199 del mismo Código...'.

"Lo dicho hasta ahora basta para concluír que los cargos formulados hasta el ordinal b) de la demanda no han obtenido prosperidad.

—

"Cargos restantes con base en la causal cuarta.

"Agrega el impugnador que otro artículo violado fue el 168 del Código de Procedimiento Penal, en la misma forma que el 347 y el 295 de la misma obra, por cuanto el procesado no fue sometido a la observación de facultativos por orden del Juez y por su iniciativa. En este orden de ideas ofrece una serie de sugestiones sobre lo que ha debido hacer el funcionario y las preguntas que, en concepto del impugnador, se han debido dar para absolver a los legistas. Ante la ausencia de esta prueba, entiende el opositor, que la situación de Gohar Hoyos fue gravosa ante los jueces del pueblo, quienes a la postre la resolvieron, porque la justicia de derecho se llevó de calle disposiciones de procedimiento que, de haber sido aplicadas, le habrían dado oportunidad de defensa adecuada al condenado.

—

"Se contesta:

"Lamenta el Despacho decir que ninguno de los cargos contenidos en el acápite b) puede con-

siderarse como tal, ni dan margen para ser detenidamente examinados. Estos 'cargos', por así llamarlos, pecan de una gran confusión, tanto en su enunciamiento como en su demostración, y se orientan fuera de toda técnica dentro del recurso de casación. La Procuraduría se permite llamar la atención sobre el contenido del artículo 347, que contiene una obligación facultativa para el funcionario, condicionada al hecho de que en la persona del sindicado se descubrieren u observaren indicios que permitieren suponer la existencia de una grave anomalía psíquica o de una intoxicación crónica, para ordenar la práctica de la prueba tendiente a determinar este hecho. No es una obligación perentoria y categórica como lo pretende el impugnador. Si el Juez no ordenó el reconocimiento fue porque no observó en el sindicado síntomas que lo aconsejaran.

"En cuanto al hecho de que el Jurado hubiera condenado a Gohar Hoyos sin tener en cuenta los aspectos de una posible anomalía, no es tópico que pueda ser traído a comentario dentro de esta causal cuarta.

"La causal cuarta, en concepto de este Despacho, no ha sido demostrada.

—

"Causal primera.

"Cargo. Afirma el demandante que se violó el artículo 37 del Código Penal al aplicarle a su prohijado por el Tribunal la circunstancia de mayor peligrosidad contenida en el ordinal 3º de dicha norma.

"Según él, no están demostrados los motivos innobles o fútiles, y el Tribunal, al hablar de 'ausencia de motivo para la ejecución del hecho delictuoso', se excedió de la enumeración taxativa que hace el artículo 37 del Código Penal de las circunstancias de mayor peligrosidad que agravan la responsabilidad del agente.

"La alegación que produce sobre el particular es absolutamente bizantina; basta recordar para destruírla que la honorable Corte dijo en casación de cinco de junio de mil novecientos treinta y seis: '... la ausencia de móviles induce a considerar más grave el hecho y más perverso el delincuente'. Tal sucede en el caso presente".

Estudio del recurso.

Causal cuarta:

Como se vio anteriormente, el actor en orden a sustentar la causal cuarta de casación, que es la que primero y principalmente invoca, y con el fin de demostrar que el proceso está afectado de una nulidad supralegal, afirma que en la actuación procesal, y especialmente en la etapa del sumario, se incurrió en varias irregularidades u omisiones, las que se pueden resumir así:

Primero. Haber carecido el procesado, durante el sumario, de defensor, pues "de acuerdo con las diligencias de indagatoria y de careos no aparece que se le haya hecho conocer el derecho que tenía de nombrar un apoderado que lo asistiera en todas las diligencias del sumario", como lo prescribe el artículo 104 del Código de Procedimiento Penal.

Segundo. Que ninguno de los autos proferidos en el sumario, excepto el de detención preventiva, fueron notificados personalmente al procesado, como lo ordena el artículo 168 del Código de Procedimiento Penal.

Tercero. No haberse sometido al procesado a la observación de facultativos, como lo ordena el artículo 374 del Código Procesal Penal, a pesar de que tres testigos citados por la defensa declaran que aquél tomó algunas pastillas de nembutal el día en que consumó el asesinato por el cual fue juzgado y condenado en este proceso, lo cual, en concepto del actor, es un indicio de que el acusado obró en un estado de intoxicación grave producida por dicha sustancia.

En relación con los motivos de impugnación que el demandante alega para establecer que el proceso está viciado de nulidad sustancial o constitucional, cabe observar, ante todo, que aunque en algunos casos esta Sala ha reconocido la existencia de nulidades llamadas "supralegales o constitucionales", a pesar de no estar expresamente establecidas en el Código de Procedimiento Penal, ello solamente ha ocurrido en casos excepcionales y cuando se demuestra que la irregularidad u omisión procesal es de tal naturaleza y entidad que con ella se quebrantan las bases y garantías esenciales del derecho de defensa en juicio, consagradas por el artículo 26 de la Constitución. Esto quiere decir que no toda irregularidad o vicio procesal conlleva la existencia de una nulidad supralegal, "pues para que ésta exista es necesario que sea de tal entidad que ella entrañe un vicio verdaderamente sustancial", en el sentido de que la omisión del acto o diligencia o el vicio del acto procesal afecte las bases mismas del juzgamiento, o quebrante o desconozca los verdaderos intereses de la justicia o de las partes. Por esto, ha sostenido la Sala que "sólo cuando el error o vicio es fundamental por atacar la esencia misma del juicio o por disminuír las garantías del procesado o

de parte legítima, se puede afirmar que se está en presencia de una nulidad constitucional''. (Casación del 19 de julio de 1956).

Debe también tenerse presente, que esta Sala, en otras oportunidades ha sostenido que: ''En el sumario los casos de nulidad son reducidos y excepcionales y se refieren a la incompetencia de jurisdicción o a la ilegitimidad de la personería del querellante cuando no puede procederse de oficio. Pueden ser nulos, eso sí, determinados actos o diligencias del sumario cuando la ley requiere que se cumplan formalidades especiales, pero eso no significa que toda la actuación subsiguiente sea inválida, sino que tales actos no pueden tenerse en cuenta'' (fallos del 4 de agosto de 1948 y 18 de noviembre de 1949).

La anterior cita es oportuna, pues como se ha visto, las irregularidades procesales que según el impugnador motivaron las nulidades supralegales, se cometieron en la instrucción del sumario.

El cargo que hace el impugnador de que el reo Hoyos Sánchez careció durante el sumario de defensa, constituye una simple afirmación sin asidero en las constancias procesales, según se desprende de la misma relación de hechos que aquél hace en su demanda, cuando dice:

''Iniciada la investigación por la muerte de Jaime Grisales Bedoya, el sindicado Hoyos Sánchez sostuvo en la indagatoria que a la hora en que aquél fue abaleado se encontraba en el bar 'Mi Rey', distante del café de propiedad del señor Felipe García, en donde tuvo lugar el acontecimiento.

''Para los efectos de esta diligencia le fue nombrado como apoderado el señor Jesús Cuartas Gil 'en ausencia de abogado inscrito' en la población de Apía, que como es sabido es sede de cabecera judicial de circuito. Este nombramiento se le hizo para asistirlo en la diligencia de indagatoria, practicada el diez de octubre de mil novecientos cincuenta y seis.

''A partir de esta diligencia en adelante continuó el curso del proceso, recibiendo declaraciones en contra del sindicado, sin que estuviera asistido por un apoderado.

''Esta situación permaneció idéntica hasta el veinte de octubre del mismo año, en que para practicar un careo entre el sindicado y la testigo Bertilda Zapata se le nombró para dicha diligencia al señor Clímaco Becerra Rojas como apoderado de oficio, 'por no haber abogado titulado en la localidad'.

''Como aparece de esta diligencia de careo a folio 36, el señor Becerra Rojas no fue nombrado como apoderado de oficio del procesado Hoyos Sánchez, para todas las diligencias del sumario, sino sólo para el careo.

''Para la diligencia de careo entre el mismo Hoyos Sánchez y el testigo Luis Felipe García, se dijo al principio: ''Al sindicado lo asistió en la diligencia el señor Clímaco Becerra Rojas, quien ha venido asistiéndolo en otras diligencias', lo que no es cierto, pues solamente había asistido en el careo con la testigo Zapata. En este nuevo careo con la misma, tampoco se le reconoció a Becerra como apoderado de oficio para todo el proceso.

''Se continuaron recibiendo declaraciones, sin que el señor Becerra Rojas, u otro distinto, interviniera en la práctica de ellas.

''A folio 42 vlto. se practicó un careo entre procesado y el testigo Libardo Acevedo, y al principio se lee que en realidad Becerra Rojas sólo venía siendo nombrado apoderado de oficio para esta clase de diligencias. Allí se lee lo siguiente: 'Al sindicado lo asistió el señor Clímaco Becerra Rojas, a quien se le designó como apoderado para esta diligencia'.

''Después de recibir nuevas pruebas, se practicó otro careo entre Hoyos y el testigo Libardo Agudelo Cañas, y también se hizo figurar como apoderado de oficio al mismo señor Becerra Rojas''.

El hecho de que los señores Jesús Cuartas Gil y Clímaco Becerra Rojas, quienes asistieron al procesado en las diligencias de indagatoria y de careos, no fueran abogados titulados no entraña ninguna violación de la ley, ni menos una nulidad de carácter constitucional, pues en la población de Apía, pequeño pueblo de Caldas, según se hizo constar en la diligencia de indagatoria, no había abogado inscrito. Ahora, el artículo 5º de la Ley 21 de 1931, vigente, por expresa disposición del artículo 18 de la Ley 69 de 1945, sobre ejercicio de la abogacía, dispone que: ''El cargo de apoderado, únicamente para los efectos de la indagatoria del sindicado, puede ser confiado a cualquier ciudadano honorable, siempre que en el lugar donde se cometió el delito o en donde se decrete la detención preventiva no hubiere abogado inscrito que atienda a esa diligencia al presunto delincuente, o porque exista cualquier otro motivo debidamente justificado''.

Por otra parte, el hecho de que el procesado sea asistido en algunas diligencias del sumario y en su defensa por una persona que no sea abogado inscrito, no entraña una nulidad legal ni

menos constitucional, pues esto solamente acarrearía sanciones disciplinarias a los funcionarios que permitieran dicha irregularidad.

Además, ni del texto del artículo 104 del Código de Procedimiento Penal ni de ninguna otra norma de carácter procesal se deduce que el apoderado que el sindicado nombra o se le designa de oficio en el sumario, necesariamente tenga la obligación de intervenir en la práctica de todas las pruebas, pues su asistencia solamente es obligatoria en aquellas diligencias en que el procesado debe intervenir personalmente, como la indagatoria, los careos. La intervención del apoderado en la práctica de otras pruebas, como la recepción de testimonios o la de inspección ocular, en que el sindicado no participa personalmente en estas diligencias no es necesaria, y, por lo tanto, su no asistencia no da motivo a ninguna nulidad procesal.

En relación con el cargo consistente en la falta de notificación personal de algunos autos dictados en la etapa sumarial, es del todo acertada la réplica que al respecto hace el señor Procurador Delegado en lo Penal, y que es innecesario volver a reproducir. Las nulidades legales por falta de notificación de algunas providencias están taxativamente previstas en los artículos 198 y 199 de Código de Procedimiento Penal, y estos artículos solamente se refieren a algunas providencias proferidas dentro de la causa o juicio, que se inicia con el auto de proceder, una vez que se clausura la investigación. Los motivos de nulidad que expresa y taxativamente contemplan estos artículos no pueden aplicarse por analogía a situaciones no previstas en la ley, pues como lo ha sostenido la Corte, "la interpretación de las causales de nulidad ha de ser restringida".

En cuanto al cargo consistente en que al procesado Hoyos Sánchez no se lo sometió a la observación de facultativos, carece también de la significación que el impugnador le atribuye, pues esta diligencia solamente es obligatoria cuando el funcionario descubriere en el procesado "indicios de grave anomalía psíquica o de intoxicación *crónica* producida por el alcohol o por cualquier sustancia venenosa", lo cual no ocurrió en este proceso, si se tiene en cuenta el dictamen rendido por el perito médico doctor Rafael Castaño Abadía, a solicitud del defensor, en relación con los efectos que puede producir el nembutal.

Este profesional rindió su dictamen al folio 66 vto. del cuaderno principal, tomo I, en los siguientes términos:

"El nembutal como todos los barbitúricos de acción corta usado 'en poca cantidad', o sea en dosis terapéuticas o por debajo de ellas no causa ningún trastorno en la conciencia ni actúa en ninguna forma sobre la voluntad. Posee una acción hipnótica produciendo un sueño reparador que no está acompañado de ensueños, y el despertar es normal en todo sentido, además es ligeramente sedante y antiespasmódico. Cuando se toma 'en bastante cantidad', o sea en dosis que sobrepasen el límite terapéutico, entonces produce fenómenos tóxicos muy variados, según el estado emotivo y orgánico de las personas. Según la mayoría de los tratadistas, pueden resumirse así: 'Con los barbitúricos de acción corta *(Nembutal)* tomado en bastante cantidad produce una *intoxicación aguda,* que se manifiesta por fenómenos cardiovasculares y nerviosos. Estos últimos, que son los que para el caso interesan, consisten en *letargia extrema, sueño profundo* o *estado comatoso.* La depresión del sistema nervioso puede ir precedida por un período de excitación y de delirio acompañado de alucinaciones, siendo este el caso de una obnubilación de la conciencia y pérdida de la voluntad. Creo del caso agregar que la intoxicación crónica se produce generalmente con los barbitúricos de acción prolongada, grupo en donde no entra el nembutal. En caso de serles necesario les remito el libro de terapéutica 'Bases farmacológicas de la Terapéutica', de Goodman y Gilaman, Tomo I, página 160'. Es mi dictamen. Que ha dicho la verdad. Leído lo aprobó, se ratificó, y firma en constancia ante los suscritos Inspector y Secretario tal como aparece".

Como claramente se deduce del contenido del anterior dictamen, el nembutal es un barbitúrico de *acción corta,* que cuando se toma en bastante cantidad únicamente produce *intoxicación aguda,* pero no crónica. Ahora, aunque se hubiera establecido en el proceso, con testimonios merecedores de credibilidad, que el procesado realmente tomó el día que consumó el homicidio (en la persona de Jaime Grisales) dosis excesiva de nembutal, ello no le imponía al funcionario la obligación de someter al procesado al examen de facultativos, como lo ordena el artículo 374 del Código de Procedimiento Penal, pues esta disposición se refiere únicamente al caso de que se descubriere que el acusado padecía de *"intoxicación crónica"* cuando cometió el delito.

Por eso esta Sala ha dicho, en otra oportunidad, que: "La observación por facultativos de que trata el artículo 374 del Código de Procedimiento Penal, no es de obligatoria aplicación para todos los sindicados, pues la misma ley la establece como condicional, según se deduce de los términos empleados en el texto legal. Así,

pues, si el funcionario no descubre en el procesado, 'indicios de grave anomalía síquica o de intoxicación crónica', no es menester someterlo a la observación de facultativos.

"Los estados patológicos previstos en el artículo 29 del Código Penal no son materia de simple alegación, sino que ellos deben aparecer de pruebas, datos o antecedentes relativos al procesado". (Cas. 28 de febrero de 1942).

En conclusión, la causal cuarta no puede prosperar.

Causal primera:

Con invocación de esta causal, el demandante alega que se interpretó erróneamente o se aplicó indebidamente en la sentencia acusada el artículo 37 del Código Penal, al aumentar la pena en un año de prisión, estimando para ello como motivo de mayor peligrosidad "la ausencia de motivo" para ejecutar el delito, alegando que: "En ninguna parte de su enumeración taxativa el artículo 37 del Código Penal contempla 'la ausencia de motivo' en la ejecución de un delito como circunstancia de mayor peligrosidad que agrave la responsabilidad del agente".

Como con todo acierto lo anota el señor agente del Ministerio Público, al referirse a este motivo de impugnación: "La alegación que produce sobre el particular es absolutamente bizantina; basta recordar para destruírla que la honorable Corte dijo en casación de cinco de junio de mil novecientos treinta y seis: '... la ausencia de móviles induce a considerar más grave el hecho y más perverso el delincuente' ".

El motivo fútil a que se refiere el ordinal 3º del artículo 37 del Código Penal, lógicamente comprende la ausencia o falta de motivo, y así lo han entendido los expositores; por ejemplo, a este respecto, Maggiore expresa lo siguiente: "*Fútil* es el motivo no proporcionado con el delito, el motivo que por lo exiguo y mezquino no explica la acción criminal, antes bien, denota insensibilidad moral en el agente. Aquí entra el caso del que mata para vengar una leve injuria, o por un litigio insignificante. En estos casos y en otros semejantes suele decirse vulgarmente que se ha obrado 'sin motivo'. Pero como no existen acciones inmotivadas, sólo debe afirmarse que el móvil es *fútil,* o sea inadecuado, según la psicología común, para determinar el resultado". (Derecho Penal, T. II, pág. 19).

Por esto, y en relación con el alcance de la futilidad del motivo determinante, la Corte ha expresado: "Si fútil es todo aquello que carece de aprecio, de importancia, que es nimio y sin valor, obrar con motivos fútiles no puede ser otra cosa que realizar el hecho delictuoso de manera que indique o establezca la gran desproporción entre el acto cometido y el motivo que lo produjo, de tal suerte que el delito se realiza por una causa tan insignificante, tan nimia, que hace resaltar en forma inmediata la falta de proporcionalidad entre el motivo y el hecho, lo que constituye indudablemente un índice revelador del valor sintomático que revela la peligrosidad del agente, porque implica que el delincuente pertenece a una categoría antropológica de muy acusada peligrosidad".

Además, el Tribunal de Pereira, en la sentencia recurrida y para aumentar la pena privativa de la libertad, no solamente tuvo en cuenta la falta de motivos sino también la peligrosa personalidad del reo, pues al respecto y en la motivación de dicha sentencia expresó lo siguiente: "En el cuaderno segundo hay constancias de que el reo había sido sumariado anteriormente por tres delitos de homicidio cometidos en diferentes fechas en la población de Apía, donde figuran como occisos los señores Antonio Ramírez, Juan Bautista Rodas y Libardo Alzate, negocios que al parecer desaparecieron de la Alcaldía o del Juzgado de Apía. También le aparece una sindicación por *'fuga de presos'*.

"Lo anterior es índice seguro de su inmensa peligrosidad, por lo cual la regulación que de la pena hizo el *a quo* en *diez y seis años de presidio* habida calificación de la delincuencia, las circunstancias en que consumó el hecho delictuoso, la ausencia de motivo para ejecutarlo, el grado de ilustración del reo y sus pésimos antecedentes, es correcta y no merece ninguna objeción de la Sala".

En consecuencia, la causal primera tampoco puede prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, y de acuerdo con él, *no invalida* la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira, de fecha veintinueve de septiembre de mil novecientos sesenta, a que se ha hecho mérito en esta providencia.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO. — ERROR MANIFIESTO EN LA APRECIACION DE LOS HECHOS. — INDICIO INCRIMINATORIO. — CONDICIONES PARA LA EXISTENCIA DE INDICIOS

1. Es bien sabido que el hecho indiciario debe estar plenamente probado. Además su fuerza señaladora debe depender de su objetividad, esto es, de la capacidad que en sí tiene para inferir lógicamente la existencia de otro hecho. Con este particular, ha dicho la Corte que "el hecho que se toma como indicio incriminatorio por la sola interpretación subjetiva del juzgador no es un indicio sino una sospecha. Y las sospechas no pueden tener jamás fuerza de responsabilidad...". (Sentencias de 3 de agosto de 1945 y de 15 de septiembre de 1950, G. J., Tomo LIX, pág. 490, y Tomo LXVIII, pág. 207).

2. Los indicios sólo existen cuando reúnen dos condiciones: que el hecho esté plenamente demostrado, y que de él se infiera, con fuerza de probabilidad, el hecho que se pretende comprobar.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, octubre nueve de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos:

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado Manuel Adán Arias Agudelo contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, de 30 de agosto de 1961, por la cual le impuso al recurrente la pena de quince (15) años de presidio, más las sanciones accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Nacianceno Giraldo.

Hechos:

Con este particular, en la sentencia recurrida se dice lo siguiente:

"En Samaria, Corregimiento perteneciente a Filadelfia, Custodio Arias y Nacianceno Giraldo tuvieron un pleito civil que —se dice— culminó favorablemente para el primero. A raíz de esto, Giraldo y sus parientes, y Custodio y los suyos, quedaron de enemigos. Todos, vehementemente, más o menos, eran superados por el notorio odio y la palmaria agresividad que puso a esa pasión Manuel Adán, hijo de Custodio. Entre este sujeto y Nacianceno se presentaron permanentes discusiones, varios conatos de combate, al fin de los cuales se 'hacía correr' a la recíproca, y hasta se afirma por deponentes que merecen credibilidad, que Manuel Adán le hizo a Nacianceno una vez dos disparos de escopeta, y posteriormente otro, por una ventana y hacia una cantina en donde Giraldo se hallaba, no haciendo blanco el tirador e incrustándose los proyectiles, algo así, en el cielo raso. También, y como consta al folio 32, los asuntos entre estas dos familias llegaron a agriarse en tal forma que Adán y Nacianceno, cada cual con compañeros, fueron conminados con amenaza de multa para que guardaran la paz entre sí.

"La mayoría de las declaraciones, en cuanto a los hechos, son de los propios sindicados. Y todas, naturalmente, eluden hacer cargos. Puede afirmarse que el único que depone comprometiendo a alguien es José Luis Giraldo Henao, quien, a folios 9 y vuelto, nos informa: 'Estábamos embarrando la casa, pisando barro, enlatando y trabajando todos, pues, hasta por la tarde que nos contaron que habían matado a ese señor, nos contó la señora de don Angel Arias..., y cuando supimos... nos fuimos a ver y a varios les tocó cargar el muerto... Solamente Adán Arias salió como a las diez y media de la mañana y se perdió, no sé para dónde, y después, ya tarde, como a las tres, volvió todo mojado, no sé dónde estaría, y siguió trabajando en la casa hasta por la tarde... Salió con un costal al hombro, como remendado el asiento, él por ahí a las

diez y media o a las once se vino a almorzar, y luego volvió a embarrar, y se quedó un ratico y luego salió con el costal y se demoró, y por la tarde volvió todo mojado los pantalones, y casi no trabajaba ahí'.

''Después... —continúa el *ad quem*—, al mostrarle un costal remendado el asiento y que fue encontrado cerca al cadáver, dijo: 'Sí, señor, este es el costal, él lo mantenía...'. '... Adán se embolató (sic), y los otros decían que dónde estaría Adán... Adán ha usado una escopeta de cápsula y se mantenía con ella, es decir, la sacaba por la mañana y se iba con ella no sé para dónde, y por la tarde también la sacaba; él se mantenía bravo con el difunto Nacianceno... Adán, sí me llegué a dar cuenta, que cargaba un cuchillo por entre los pantalones... Quién sabe si este será de él también, pues la gente dice que él mantenía dos, uno chiquito y uno grande; que ese señor Adán dizque se embolataba (sic) mucho con esa escopeta... Mi prima Clara Giraldo lo vio varias veces por ahí por el cafetal de don Dimas Orozco, con esa escopeta y un costal...' ''.

Anota, asimismo, el Tribunal Superior de Manizales, al ocuparse de la transcripción de lo dicho por Giraldo Henao, que éste agrega, al final que ''Nacianceno Giraldo decía que donde se encontrara con Adán lo picaba, y Adán también decía lo mismo...''.

Trámite del proceso y fallos de primera y de segunda instancia.

La averiguación fue adelantada por el señor Corregidor de Samaria, habiendo sido objeto de varias ampliaciones ordenadas por el Juzgado 2º Superior de Manizales y cumplidas por aquel funcionario, diligencias que se iniciaron el día 5 de febrero de 1960.

Clausurada la etapa del sumario, el *a quo* dispuso darle al proceso el trámite previsto en el Decreto legislativo número 0012 de 1959 (auto de 19 de septiembre de 1960). Posteriormente profirió la providencia de 4 de febrero de 1961, mediante la cual absuelve a los sindicados Lucrecia Arias Castaño, Daniel Arias Montes, Aurelio Arias Murillo, Samuel Corrales, Víctor García, Fernando Arias Murillo, Samuel Antonio Arias Agudelo, Francisco Antonio Arias Agudelo y Miguel Arias Agudelo; y sobresee temporalmente en favor del procesado recurrente, Manuel Adán Arias Agudelo.

Al resolver sobre la consulta de este proveído, el *ad quem*, mediante la sentencia impugnada, de 30 de agosto de 1961, dispuso lo siguiente:

1º Imponer a Manuel Arias Agudelo la pena principal de quince (15) años de presidio, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Nacianceno Giraldo, y

2º Sobreseer temporalmente en favor de las demás personas que fueron oídas en declaración de inquirir, y respecto de las cuales el *a quo* profirió sobreseimiento definitivo.

El fallo condenatorio de Arias Agudelo lo fundamenta el Tribunal Superior de Manizales en las siguientes razones:

a) Que el testigo *Samuel Corrales* dice que ''el más enemigo...'', de Nacianceno Giraldo, ''era Adán Arias, quien en alguna ocasión lo había hecho correr. Esto me lo contó personalmente Adán Arias, que porque el difunto le había arrancado con una peinilla, y que entonces él se había tenido que mancar y hacerlo correr también. Agregó que cuando nosotros tuvimos una pelea en 'Cabuyales', al otro día me dijo Adán que 'el que pagaba cárcel era un bobo', que pagara otro, también me dijo que si 'yo era berraco, que le hiciéramos un trabajo a Nacianceno'; yo le entendí que sería para matarlo... Me dijo que él (Adán) había vendido todos los animales, y que le pensaba hacer un trabajo a Nacianceno...; que hiciéramos tal trabajo; esto lo digo, pero ojalá esa gente no se dé cuenta porque es muy brava y de pronto me matan; esto me lo dijo a solas; yo hasta pensé en decirle a Ceno..., pero me puse a pensar que Nacianceno seguramente venía aquí a la oficina a poner la cosa en cuestión, y entonces eso se tenía que entrar a probar, y por este medio él (Adán) se daba cuenta de que yo le había contado eso a Nacianceno, y entonces me echaba toda esa gente de enemiga, y yo lo quería para mi seguridad''.

b) Que el testimonio de *José Luis Giraldo Henao* (transcrito antes), ''es de alto valor indiciario. Y al reconocer el testigo, como lo reconoce, el costal que fue hallado en proximidades del occiso, como propiedad de Adán, viene a fundamentar un indicio que ya es necesario: no hay otra explicación para la presencia de tal elemento en tal sitio, distinta a la de que, sobre todo, por la hora coincidente con los hechos, el autor del ilícito fue el dueño del costal. Esto, claro está, vinculado, concatenado con todo lo demás''.

c) Que el sobrino del occiso, *José Giraldo Loaiza*, dice que ''de Adán Arias sospecho que pudo haber sido el autor de la muerte de Nacianceno... De los hermanos de Adán no creo que estén metidos en ese asesinato, por cuanto ellos sí

alegaron varias veces con Nacianceno, pero no creo que fueran enemigos mortales''. Y esta declaración, anota el *ad quem*, ''es de una sinceridad y una honradez indudables: el tono en que depone el testigo, la sindéresis de su ordenamiento, las exclusiones que hace y los términos prudentes en que formula sus cargos, la hacen perfecta y completamente creíble, al igual que las otras dos comentadas''.

d) Que varios declarantes informan sobre los antecedentes de enemistad entre el occiso y el procesado Arias Agudelo, así: *Juan Gregorio Giraldo Loaiza* (f. 2 v.), dice ''que el difunto le había contado que Adán, alguna vez, le hizo dos disparos, y posteriormente otro''; *Silverio González López* (f. 3 v.), refiere ''haber tenido conocimiento de que el peor enemigo del occiso era Adán''; *Lucrecia Arias Castaño* (f. 6 v.), dice que ''la mamá de Adán le contó de la enemistad de éste con Nacianceno''; *Daniel Arias Montes* (f. 10 v.), da cuenta, asimismo, de ''la enemistad entre éstos'', o sea entre Arias Agudelo y Nacianceno Giraldo, y *Aurelio Arias* (f. 15 v.), quien, según anota el *ad quem*, ''corrobora el disparo de que antes se habló por Giraldo Loaiza y su hermano, pero aclara que fue Nacianceno quien le atribuyó, comentando después, ese disparo a Adán''.

e) Que en la primera diligencia de inspección ocular practicada en el lugar donde fue muerto Nacianceno Giraldo, se dejó testimonio de que ''fuera del detalle de que el cadáver se encontraba dentro de una chamba, a la margen izquierda del camino y a unos veinticinco metros del sitio en que debió recibir el disparo, se anota que en el trilladero hecho por el homicida fueron encontrados un costal viejo y un cuchillo mohoso, con filo por ambos lados''.

f) Que si bien ''se trató de demeritar la lucidez del testigo *José Luis Giraldo,* señalándolo como persona falta de discernimiento...'' ello ''no fue posible porque su progenitor dijo, al folio 52 y 88, que su hijo es una persona normal, y recibió el apoyo médico-legal para su afirmación, como puede verse a folio 55 del expediente'', donde aparece el oficio enviado al funcionario de instrucción por la Oficina de Medicina Oficial de Filadelfia, en el cual se informa que ''José Luis Giraldo es una persona perfectamente cuerda, sólo que le falta mucha instrucción y educación. Es un poquito nervioso con la Policía, por antecedentes familiares, que usted debe conocer''.

g) Que si bien el procesado Arias Agudelo dice ''no saber detalle alguno de la muerte del señor Giraldo'', la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Manizales ''está poseída de la convicción íntima y legal de que Manuel Adán, solo o acompañado, iniciador o influenciado, o iniciador e influenciante, participó efectivamente o fue autor único, cualquiera de las dos cosas, en la muerte de Nacianceno. La prueba recogida, con esos indicios concatenados de que se habló, es plena en su contra: Manuel Adán es condenable como asesino de Nacianceno. Aquellos dos testigos mudos —el costal y el cuchillo embarrado— tienen, quizá, una voz más elocuente que la de los testigos humanos que los acompañan. Asesino se dice, porque todo indica que tomó a su víctima desprevenida, con asechanza, estando él, Adán, emboscado en un barranco a la altura de seis metros, para evitar ser visto por su enemigo, como la ocular lo constató en los rastros y en la simétrica curva del lugar: 'se trata de una curva cerrada del camino, donde observamos una barranca, totalmente cubierta de rastrojo y salvias; por encima de esta barranca, margen izquierda del camino, bajando, vemos que existe una chamba; observamos que tiene una parte en limpio, y que bien se ve fueron retirados los obstáculos de ramaje y hojarazca; le hicieron los disparos apostados desde la barranca que acabamos de constatar' ''.

Demanda de casación.

El señor apoderado de Manuel Adán Arias Agudelo, doctor Carlos E. Camacho, invoca las causales de casación señaladas en los ordinales 4º, 2º y 1º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, las que, en su orden, fundamenta en la forma siguiente:

a) *Causal cuarta de casación:*

Estima el demandante que la sentencia impugnada fue proferida en un juicio viciado de nulidad, pues al ser seguido el proceso de acuerdo con los preceptos del Decreto legislativo número 0012 de 1959, se desconoció a su mandante el derecho de defensa, pues los trámites señalados en este estatuto son más desfavorables que los indicados en el Código de Procedimiento Penal.

b) *Causal segunda de casación:*

Expresa el impugnante que en la sentencia objeto del recurso, por habérsele ''dado a los hechos acreditados dentro del proceso una errada interpretación'', se incurrió en la violación de los artículos 204, 217, 222 y 223 del Código de Procedimiento Penal, y del artículo 44 de la Ley 153 de 1887.

Al respecto, luego de una extensa crítica a los elementos de convicción tomados en cuenta por el *ad quem* en el fallo recurrido, dice el demandante que, "como resumen, afirmo que en la sentencia se le dio un valor probatorio que no tienen a los siguientes hechos: 1º Al costal encontrado en el 'sesteadero', observado en el lugar del crimen; 2º Al cuchillo encontrado también en el lugar del crimen, y que sin fundamento legal para ello, se le atribuye como de propiedad del procesado; 3º A la declaración de Antonio José Giraldo Loaiza, que es sospechosa por ser sobrino del occiso, y 4º A la declaración del señor José Luis Giraldo Henao, en razón de las contradicciones en que incurrió".

Como demostración del cargo, anota lo que pasa a transcribirse:

"Desechado el testimonio de Giraldo Loaiza, en razón de las relaciones de domesticidad y parentesco que lo unen a los intereses de los familiares de Nacianceno Giraldo, queda únicamente el testimonio de José Luis Giraldo Henao, quien es un testigo indirecto, por cuanto que nada le consta de los hechos materia de la investigación en forma directa, y solamente hace relación de ciertos hechos que no tienen relación directa con los actos de ejecución del crimen. Incurre en contradicciones, como la siguiente: 'salió como a las diez y media de la mañana y se perdió, no sé para dónde y después ya tarde, como a las tres volvió todo mojado, no sé dónde estaría, y siguió trabajando en la casa por la tarde'. A continuación afirma lo siguiente, que desvirtúa completamente lo anterior: 'El salió con un costal al hombro, como remendado en el asiento, él por ahí a las diez y media de la mañana o a las once se vino a almorzar, y luego volvió a embarrar y se quedó un ratico, y luego salió con el costal y se demoró, y por la tarde volvió todo mojado, y casi no trabaja ahí'. Como fácilmente se puede apreciar, existe manifiesta contradicción entre la primera parte de la declaración de este testigo y la segunda. Primero da a entender que el presunto imputado salió a las diez y media de la mañana y se perdió, y no regresó sino ya tarde, como a las tres, y en la segunda parte de su declaración ya resolvió sostener que 'salió entre las diez y media a once de la mañana, que a las once se vino a almorzar, luego volvió a embarrar, volvió a salir con el costal, y por la tarde volvió todo mojado y casi no trabaja ahí'. Este testimonio, por las contradicciones en que incurre, en la relación o exposición de los hechos, no puede dar la certeza legal al juzgador para el pronunciamiento de una sentencia condenatoria. Derivar el juzgador certeza legal de un testimonio como el de Giraldo Loaiza es quebrantar el sistema procesal empleado en la valoración de la prueba, especialmente consagrado en los artículos 203 y 204 del Código de Procedimiento Penal. En el peor de los casos, tendríamos un testimonio único como índice de la delincuencia del procesado, y esa insularidad del testimonio humano como fundamento de una condena, está completamente desechada por el sistema procesal actualmente en vigencia".

Más adelante observa el impugnante:

"El reconocimiento que de un costal hace el testigo en el momento en que estaba rindiendo su declaración, también está tachado de sospecha, en razón del parentesco que lo unía a Nacianceno Giraldo. Además, es posible que existan otros costales rotos también en el orillo y que por tal motivo el testigo lo haya encontrado muy similar al que dijo portaba el día de la ocurrencia de los hechos el procesado... También existe la prueba de que el costal estaba lleno de plátanos verdes y maduros, y de que también se encontró en el 'sesteadero' un cuchillo que no pertenece al procesado. Estos hechos han debido ser tomados en cuenta por el Tribunal y darles el valor legal que ellos tienen, tendiente a demostrar que una persona distinta al procesado fue el autor del crimen, o que en el peor de los casos éste no obró solo en la comisión del delito. En este último caso, parece que por este aspecto el honorable Tribunal se formó la convicción, por cuanto que dice en la sentencia recurrida: 'A la Sala no le queda duda, la Sala está poseída de la convicción íntima y legal, de que Manuel Adán, solo o acompañado, iniciador o influenciado, iniciador o influenciante, participó efectivamente o fue autor único, cualquiera de las dos cosas, en la muerte de Nacianceno'. Si en el lugar del crimen se encontró un cuchillo que no pertenecía al procesado Arias Agudelo, debemos estimar...", expresa el demandante: "...que éste no tiene ninguna participación en la comisión del hecho investigado, o que obró en compañía de otros, surgiendo por este aspecto la figura jurídica de la complicidad correlativa...".

Luego señala que "en el peor de los casos, la valoración de las pruebas aportadas al expediente ha debido hacerse con sujeción a lo dispuesto en el artículo 204 del Código de Procedimiento Penal, resolviendo toda duda a favor del procesado". Y recuerda, además, que la Corte, en sentencia de 30 de septiembre de 1960 (*G. J.*, Nos. 2230 a 2231), dice que "si la duda

existe y no hay modo de eliminarla, debe ella de favorecer al reo, principio de derecho universal que el Código consagra en el artículo 204 del estatuto procesal penal".

c) *Causal primera de casación:*

Afirma el demandante que el *ad quem* aplicó indebidamente el artículo 363 del Código Penal, pues en la sentencia no se afirma el grado de responsabilidad del procesado Arias Agudelo, sino que se habla de una posible coautoría, o de una probable complicidad, siendo pertinentes, entonces, como normas más favorables a los intereses del reo, los preceptos contenidos en los artículos 20 y 385 del Código Penal.

Concepto del Ministerio Público.

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal encuentra infundados los cargos que hace el demandante con citación de la causal cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, pues dice el señor Agente del Ministerio Público, el procedimiento aplicable en este negocio es el que indica el Decreto legislativo número 0012 de 1959, atendido que los hechos tuvieron ocurrencia el día 5 de febrero de 1960, esto es, mucho después de haber entrado a regir dicho estatuto procesal.

En cambio estima que aparecen probadas las impugnaciones llevadas a cabo con invocación de la causal segunda de casación, pues expresa el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, "se han cometido errores manifiestos y evidentes en la valoración legal de los hechos por los cuales se condenó al procesado Manuel Adán Arias Agudelo, y con ello se han violado algunas normas del Código de Procedimiento Penal, especialmente sus artículos 203 y 204".

Agrega que "nunca como en el caso cuestionado se hace imperativo el canon *in dubio pro reo*, por cuanto plantea la fórmula de más perfecta rectitud, prudente y humana, cuando en la duda surgida del análisis de las pruebas se cierne una hipótesis favorable al procesado: que es inocente".

Expresa, por último, que la causal primera de casación también invocada por el demandante es una consecuencia de la segunda, por lo cual no es necesario un examen especial de las consideraciones que, al respecto, hace el impugnante.

La Sala habrá de referirse, más adelante, a los juiciosos argumentos del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal.

Para resolver se considera:

Procede la Sala a examinar los cargos hechos a la sentencia del Tribunal Superior de Manizales en el mismo orden en que fueron propuestos por el demandante, a saber:

A. *Causal cuarta de casación.*

La sentencia, en este proceso, no fue proferida en un juicio viciado de nulidad, como lo asevera el señor apoderado de Arias Agudelo. En efecto, dado que los hechos tuvieron ocurrencia el día 5 de febrero de 1960, fecha para la cual estaba vigente el Decreto número 0012 de 1959, el procedimiento aplicable y que se aplicó en este negocio es el señalado en este estatuto.

De consiguiente, contra lo que señala el impugnante, en este negocio se adelantó el juzgamiento del procesado recurrente "conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias..." del juicio.

Los cargos que hace el demandante, con invocación de la causal prevista en el ordinal 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, no resultan demostrados.

B. *Causal segunda de casación.*

Comparte la Sala la conclusión a que llega el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, en relación con el examen de los cargos que en la demanda se hacen a la sentencia recurrida, con invocación de la causal segunda de casación.

En efecto, se tiene que el *ad quem* ciertamente incurrió en manifiesto error en la estimación de las pruebas traídas al informativo, pues apreció como indicios algunos datos, no probados plenamente, en los cuales fundamentó la responsabilidad de Arias Agudelo en el delito de homicidio cometido en la persona de Nacianceno Giraldo.

En la providencia acusada se dice que "aquellos dos testigos mudos —el costal y el cuchillo embarrado— tienen, quizá, una voz más elocuente que la de los testigos humanos que los acompañan". Se alude, como se desprende de lo reseñado hasta ahora, a un saco de fique viejo y a un cuchillo embarrado, que fueron encontrados en el lugar desde donde se presume que se disparó contra la víctima.

Es bien sabido que el hecho indiciario debe estar plenamente probado. Además, su fuerza señaladora debe depender de su objetividad, esto es, de la capacidad que en sí tiene para

inferir lógicamente la existencia de otro hecho. Con este particular, ha dicho la Corte que "el hecho que se toma como indicio incriminatorio por la sola interpretación subjetiva del juzgador, no es un indicio sino una sospecha. Y las sospechas no pueden tener jamás fuerza de responsabilidad...". (Sentencias de 3 de agosto de 1945 y de 15 de septiembre de 1950, *G. J.*, t. LIX, p. 490, y t. LXVIII, p. 207).

Pues bien:

Si en el informativo existiera la plena prueba de que ese saco de fique y ese cuchillo con huellas de barro pertenecían al procesado Arias Agudelo, sería lógico deducir de ese hecho una seria convicción de la responsabilidad de aquél en el delito averiguado, pues dicha circunstancia indicaría la presencia del reo en el sitio desde donde se supone se disparó contra la víctima. Pero tal comprobación, en su calidad de plena, no aparece en el informativo, por lo cual se ha incurrido en la sentencia impugnada en un manifiesto error, pues se tomó ese dato como plenamente demostrado.

La aseveración del declarante José Luis Giraldo Henao, de que vio que Arias Agudelo, el día de los hechos, llevaba un saco de fique viejo, bien puede tenerse como creíble. Pero es difícil admitir que la identificación que este mismo testigo hace del susodicho saco de fique no ofrezca fundados motivos de error, pues ninguna señal particular tuvo en cuenta Giraldo Henao para llegar a tan aventurada aseveración, fuera de la de que se trataba de un saco de fique viejo y roto en el fondo. ¿Acaso puede asegurarse que únicamente ese saco de fique viejo y deteriorado era el único que, en tales condiciones, existía en esa región campesina, donde tánto se usan para cargar los víveres y las cosechas, para que, con base en este supuesto inverosímil, se diga que el que fue encontrado en el lugar de los hechos es también el que el testigo vio en poder de Arias Agudelo?

Asimismo, del hecho escueto de haberse ocupado el reo, el día de los hechos, en las labores de "embarrar una casa, junto con otros trabajadores", como lo dice el testigo Giraldo Henao, no se desprende que el cuchillo "embarrado" que encontró el Instructor en el lugar desde donde se supone que se disparó contra la víctima, sea de propiedad de Arias Agudelo. El mismo declarante manifiesta "no habérselo conocido al sindicado", si bien informa que "éste acostumbraba cargar dos: uno grande y otro pequeño".

Las huellas de barro que el investigador observó en el cuchillo de que se ha hecho referencia, no sólo pudieron ser dejadas por la labor de "embarrar la casa", que ese día llevó a cabo Arias Agudelo, para que así se infiera la conclusión de que tal arma la portaba el reo y que la dejó en el sitio desde donde se presume que se disparó contra Nacianceno Giraldo. Cualquier labor distinta, cumplida por otra persona, pudo dejar en ese cuchillo esas huellas de barro. No se puede, entonces, sin que se incurra en un manifiesto error en la apreciación de los hechos, afirmar, por ese único detalle, que ese cuchillo pertenecía al sindicado Arias Agudelo y que, por haber sido encontrado en el lugar de los acontecimientos, también revela la presencia de éste allí.

Es cierto que los antecedentes de enemistad entre Arias Agudelo y Nacianceno Giraldo permiten sospechar de aquél, en cuanto a su responsabilidad en el delito investigado. Precisamente por esos mismos antecedentes de enemistad con el occiso fueron indagatoriados Lucrecia Arias Castaño, Daniel Arias Montes, Aurelio Arias Murillo, Samuel Corrales, Víctor García, Fernando Arias Murillo, Samuel Antonio Arias Agudelo, Francisco Antonio Arias Agudelo y Miguel Arias Agudelo. Y sobre estas personas, dice el *ad quem*, que bien parece que "hubo una especie de obscura confabulación para eliminar a Nacianceno Giraldo, y ello tendrá que establecerse en la investigación que se reabrirá". Pero de ese estado de enemistad entre la víctima y el recurrente no se desprende, con el necesario índice de probabilidad para que se tenga un indicio grave, que Arias Agudelo sea el autor del delito de homicidio que se le imputa.

Por último, lo declarado por Samuel Corrales, según lo cual Arias Agudelo le dijo que si le hacía "un trabajo a Nacianceno", habiendo entendido este testigo que se trataba de darle muerte, no ofrece serios motivos de credibilidad, atendida la situación de imputado que este declarante tiene en el proceso, como que también rindió indagatoria por el delito de homicidio cometido en Nacianceno Giraldo. El propio interés del testigo en alejar las sospechas que sobre él recaían no permite estimar sus aseveraciones con tal fuerza de convicción, que se pueda tener este informe como un dato plenamente probado, para construír con él un indicio de responsabilidad de Arias Agudelo en la muerte de Nacianceno Giraldo.

Ninguno, pues, de los datos tomados en cuenta por el *ad quem* para señalar esa cadena indiciaria, en la cual apoyó la sentencia condenatoria acusada, aparece plenamente probado. No constituyen, por tanto, indicios, pues éstos sólo exis-

ten cuando reúnen dos condiciones: que el hecho esté plenamente demostrado y que de él se infiera, con fuerza de probabilidad, el hecho que se pretende comprobar.

Tiene, pues, toda la razón el señor Agente del Ministerio Público cuando afirma que, "como indicios, no aparecen plenamente probados esos hechos, no por imposibilidad de conseguirlo, sino por negligencia del instructor. Así que jurídicamente los hechos que en el presente negocio se han tomado como indicios incriminatorios no pasan de ser simples sospechas, por cuanto su valor apenas si ha dependido de la interpretación puramente subjetiva del juzgador, sin que tales hechos se encuentren demostrados plenamente".

Los cargos que se hacen a la sentencia recurrida, con invocación de la causal segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, resultan demostrados, pues ciertamente incurrió el *ad quem* en manifiesto error en la apreciación de las pruebas, con lo cual se violó el precepto contenido en el artículo 203 del mismo Código. En efecto, sin la plena prueba de la responsabilidad de Arias Agudelo, en el delito de homicidio de que se le sindica, se le condenó a la pena de quince años de presidio.

Corresponde, por tanto, invalidar la sentencia impugnada y proferir fallo absolutorio en favor del recurrente.

—

Atendida la conclusión a que llega la Sala, resulta innecesario debatir las consideraciones del demandante, expuestas al fundamentar la causal primera de casación que también aduce.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, *invalida* la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, de que se ha hecho referencia, en cuanto condena a Manuel Adán Arias Agudelo a la pena de quince años de presidio y a las sanciones accesorias correspondientes, como supuesto responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Nacianceno Giraldo, y, en su lugar, *absuelve* a dicho procesado con respecto a tal imputación por la cual rindió indagatoria en este negocio.

En lo demás, rige la sentencia recurrida.

Ordénase la libertad incondicional de Manuel Adán Arias Agudelo, quien se encuentra detenido en la Cárcel Nacional de Manizales, a donde se comunicará lo pertinente mediante telegrama.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez Abad, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA ENTRE AUTORIDADES DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR

Cuando varias autoridades militares tienen jurisdicción sobre un mismo territorio, es Juez competente el designado por el Comandante General de las Fuerzas Militares.

La Sala Penal de la Corte carece de facultad legal para revisar las resoluciones que el Comandante General de las Fuerzas Armadas profiere en ejercicio de la atribución que a éste le otorga el artículo 315 del Código de Justicia Penal Militar, y por lo tanto, menos puede desconocer el valor y eficacia de dichas providencias, lo cual necesariamente ocurriría si procediera a decidir cuál es el Juez competente para conocer del negocio, asunto que ya resolvió dicho alto funcionario del Ejército Nacional con plena atribución legal para ello.

Es cierto que la Sala Penal de la Corte Suprema, de acuerdo con el numeral 7º del artículo 320 del Código de Justicia Penal Militar tiene, entre otras, la atribución de decidir las colisiones de competencia que se susciten entre las autoridades de la Justicia Penal Militar, pero es obvio que esta atribución no le corresponde a esta Sala en los casos excepcionales en que, de acuerdo con el mismo Código, y como son los contemplados en el artículo 315, corresponde a una autoridad superior de la misma Justicia Penal Militar designar al Juez competente. Si así no fuera, la atribución que el artículo últimamente citado le confiere al Comandante General de las Fuerzas Armadas, para designar en los casos que dicha disposición comprende el Juez competente para conocer de un negocio dado, en primera instancia, sería inútil y en muchos casos completamente ineficaz.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, octubre diez y nueve de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo).

Vistos:

El Comandante de la Sexta Brigada del Ejército Nacional, con sede en Ibagué, por medio de providencia de fecha 17 de septiembre del presente año, resolvió enviar el proceso por "Tráfico Ilegal de Munición", seguido contra el soldado Marco Antonio Aguilar Espitia y contra Lisímaco Sierra, a esta Sala de la Corte, para que dirima una supuesta colisión negativa de competencia provocada "por el Comando del Batallón de Artillería número 6 'Tenerife' en su providencia del 26 de abril de 1962, al abstenerse de conocer del asunto en lo relacionado con el referido soldado, quien pertenecía por la época de los hechos a dicho Batallón".

Antecedentes.

El Comando de la Sexta Brigada en auto del 16 de noviembre de 1961, dispuso remitir copias del sumario al Comandante del Batallón "Tenerife", por estimar que éste era el competente para conocer de los hechos imputados al soldado Aguilar Espitia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 331 del Código de Justicia Penal Militar, y por pertenecer este soldado al citado Batallón, cuando ocurrieron los hechos.

Por su parte el Comandante del Batallón "Tenerife", en providencia del 22 de abril del presente año, ordenó enviar el proceso "al señor General Comandante de las Fuerzas Militares, para que de conformidad con lo preceptuado por el artículo 315 del Código de Justicia Penal Militar se haga la designación del funcionario que debe conocer en primer grado del presente negocio".

En esta providencia el Comandante del Batallón "Tenerife" no hizo sino acoger el concepto

emitido por su asesor jurídico, el Auditor 13 de Guerra, quien en su vista expresó lo siguiente:

"Estudiado el problema a la luz de las disposiciones vigentes del Gódigo de Justicia Penal Militar, considera la Asesoría Jurídica que el Juez que los debe juzgar debe ser aquel que designe el Comandante General de las Fuerzas Militares, según el artículo 315 de la obra en mención.

"En efecto, el soldado Aguilar Espitia Marco Antonio el día de los hechos, o sea el 26 de agosto del año próximo pasado, pertenecía al Batallón 'Tenerife'. Siendo esto así, y comoquiera que se encontraba en comisión transitoria del servicio, su Juez de primer grado lo es el respectivo Comandante de la Unidad Técnica, de conformidad con el artículo 331 de la Codificación Penal Castrense.

"El Comandante de la 6ª Brigada, de acuerdo con el artículo 330, es quien debe juzgar al particular Lisímaco Sierra. Pero como tal cosa no es posible porque se rompería la continencia de la causa, sigue subsistiendo el problema inicial, pues nos encontramos ante un caso donde hay concurrencia de Jueces.

"En atención a lo anterior, y de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 315 del Código Penal Militar, se tiene que el Juez competente para conocer en primera instancia lo es el del territorio que fuera designado por el Comandante de las Fuerzas Militares.

"La Legislación Penal Militar en cuanto hace relación a la competencia se rige por la calidad del Agente, por ser esta jurisdicción inherente al mando y a la jerarquía; cuando se habla de varias autoridades militares, se está haciendo relación a Jueces de primera instancia, los cuales son de igual categoría.

"Como el territorio donde se cometió la infracción tienen jurisdicción dos autoridades militares (el Comando del Batallón de Artillería 'Tenerife' y el Comandante de la 6ª Brigada), y a efectos de determinar quién asume la competencia, debe estarse a lo dispuesto por el citado artículo 315, y esto es muy claro porque en los Jueces de primera instancia no hay jerarquía en razón de la naturaleza del hecho".

Llegado el negocio al estudio del Comandante General de las Fuerzas Militares, este alto funcionario del Ejército, en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 315 del Código de Justicia Penal Militar, por medio de la Resolución número 018 del 7 de mayo de 1962, "por la cual se designa un Juez de Primera Instancia", resolvió lo siguiente:

"*Artículo 1º* Designar al señor Comandante de la Sexta Brigada con sede en la ciudad de Ibagué, Juez de Primera Instancia, para que conozca del proceso que por el delito de '*tráfico ilegal de munición*' se adelanta contra los sindicados Marco Antonio Aguilar Espitia y Lisímaco Sierra, de conformidad con lo estatuído por el artículo 315 del Código de Justicia Penal Militar vigente y por las razones que se dejaron expuestas en la parte motiva de la presente Resolución.

"*Artículo 2º* Remitir el proceso respectivo al Juez de Instancia designado, para los fines de su cargo, y comunicar esta determinación al Comandante del Batallón de Artillería número 6 'Tenerife' ".

Se considera:

El inciso 1º del artículo 315 del Código de Justicia Penal Militar dispone: "Si se desconoce el lugar donde se cometió el delito, o si se cometió en país extranjero o si en un mismo territorio tienen jurisdicción varias autoridades militares, será Juez competente el del territorio que designe el Comandante General de las Fuerzas Armadas".

Como claramente se deduce de la disposición transcrita, el señor Comandante General de las Fuerzas Armadas, en ejercicio de la facultad que le confiere esta norma legal, designó como Juez competente para conocer del presente negocio, en primera instancia, al señor Comandante de la Sexta Brigada, con sede en Ibagué; por lo tanto, mientras la resolución emanada del Comandante General de las Fuerzas Armadas en que se designó como Juez competente para conocer de este proceso al Comandante de la Sexta Brigada, esté vigente y no sea revocada o reformada, este funcionario debe cumplirla sin tratar de desconocerla porque la estime ilegal, como ha pretendido hacerlo en la providencia en que resolvió enviar el negocio a la Corte, para que dirimiera una supuesta colisión de competencia con el Comandante del Batallón "Tenerife", colisión que no podía suscitarle a éste después de lo resuelto por su superior jerárquico, el señor Comandante General de las Fuerzas Armadas.

Por otra parte, la Sala Penal de la Corte carece de facultad legal para revisar las resoluciones que el Comandante General de las Fuerzas Armadas profiera en ejercicio de la atribución que a éste le otorga el artículo 315, y por lo tan-

to, menos puede desconocer el valor y eficacia de dichas providencias, lo cual necesariamente ocurriría si procediera ahora a decidir cuál es el Juez competente para conocer de este negocio, asunto que ya resolvió dicho alto funcionario del Ejército Nacional, con plena atribución legal para ello.

Es cierto que la Sala Penal de la Corte Suprema, de acuerdo con el numeral 7º del artículo 320 del Código de Justicia Penal Militar, tiene, entre otras, la atribución de decidir las colisiones de competencia que se susciten entre las autoridades de la Justicia Penal Militar, pero es obvio que esta atribución no le corresponde a esta Sala en los casos excepcionales, en que de acuerdo con el mismo Código, y como son los contemplados en el artículo 315, corresponde a una autoridad superior de la misma Justicia Penal Militar designar el Juez competente. Si así no fuera, la atribución que el artículo últimamente citado le confiere al Comandante General de las Fuerzas Armadas para designar en los casos que dicha disposición comprende, el Juez competente para conocer de un negocio dado, en primera instancia, sería inútil, y en muchos casos completamente ineficaz.

Síguese de lo expuesto que la Sala habrá de abstenerse en este caso de dirimir una colisión de competencia que realmente no puede plantearse ni existir, por haber sido resuelta ya por un funcionario perteneciente a la jerarquía penal militar, con plena facultad legal para ello.

Por lo tanto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *se abstiene* de resolver la colisión de competencia a que se ha hecho mérito en esta providencia, y dispone devolver el proceso a la oficina de origen.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO EN LA MODALIDAD DE ASESINATO

Ordinales 4º, 3º y 1º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. — Condiciones de indefensión de la víctima. — Ejercicio de la autonomía de la acción penal respecto a uno o varios de los acusados en el proceso. — Consonancia entre el auto de proceder, el veredicto y la sentencia. — Cuestionario sometido al Jurado.

1. La autonomía de la acción penal, reconocida por todos los expositores, rechaza la idea de que su ejercicio, respecto a uno o varios de los acusados que puedan aparecer en el proceso, tenga que subordinarse a la suerte que corra en relación con los otros, lo que apenas es obvio, precisamente porque si de otro modo se entendiera la cuestión, referida sólo a las normas procesales del país, carecería de explicación el artículo 430 del Código de Procedimiento Penal, en donde se prescribe que cuando los procesados, "siendo varios, no fueren todos llamados a juicio, o cuando haya serios motivos para temer que existan otro u otros partícipes del delito que aún no han sido descubiertos, se sacará copia del proceso **para la consulta del sobreseimiento** o la continuación de la investigación, sin suspender el juicio". **(El subrayado es de la Sala).**

2. En el estudio de los cargos formulados al amparo de la causal 4ª, se demostró ampliamente que, contra lo que supone el recurrente, en el auto de proceder se plantearon y, por ende, debían proponerse al Jurado las modalidades de asesinato previstas en los ordinales 2º y 5º del artículo 363 del Código Penal, las cuales fueron afirmadas, en el veredicto, por el Tribunal Popular.

En las predichas condiciones, resulta por entero imposible sostener falta de consonancia entre el auto de proceder, el veredicto del Jurado y la sentencia que, con fundamento en ese veredicto, se profirió, y que es la misma que se somete a impugnación.

3. En el auto de proceder, como ya varias veces se ha recalcado, quedaron planteadas las dos modalidades de asesinato a que se contraen los ordinales 2º y 5º del citado artículo 363 del Código Penal, lo que de suyo imponía —como se hizo— la obligación de preguntar al Jurado, respecto a ellas, en el cuestionario sometido a su consideración, y como la respuesta fue afirmativa, necesariamente tenían que aplicarse las expresadas normas legales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, dos de noviembre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres).

Vistos:

Se procede a resolver el recurso de casación propuesto contra la sentencia del 13 de noviembre del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga condenó al señor Alberto Alzate Muñoz, como responsable del delito de *homicidio en la modalidad de asesinato*, consumado en la persona del señor Gilberto González Mejía, a la pena de diez y siete (17) años de presidio y accesorias correspondientes.

Hechos y actuación:

En torno a las ocho y media de la noche del 2 de junio de 1958, en momentos en que el señor Gilberto González se encontraba, con algunos amigos, ingiriendo licor en la cantina llamada "Salón de Lola", situada en la zona de tolerancia de la población de Caicedonia, se presentó

allí el señor Alberto Alzate Muñoz, quien ocultando, empuñado, bajo el saco un revólver, en actitud encubierta, se le acercó y cuando estuvo a unos dos metros de distancia, con la predicha arma, de un certero disparo le segó la vida, y luego, como si nada hubiera pasado, escapando rápidamente del lugar, despreocupado y tranquilo, se fue a dormir.

De estos hechos correspondió conocer al Juzgado 2º Superior de Buga, el cual, entendiéndolos como constitutivos del delito de homicidio, en auto del 21 de febrero de 1959, llamó a juicio, en razón de ellos, al señor Alberto Alzate Muñoz, no sin especificar, dentro de la parte motiva de esa providencia, que aquel delito tomaba la denominación de asesinato, en fuerza de que su autor lo había consumado *"con premeditación y con la indefensión de la víctima en sus formas de asechanza, insidia y alevosía"*. (El subrayado es de la Sala).

La predicha determinación fue confirmada por el Tribunal Superior de la citada ciudad en proveído del 11 de agosto del expresado año, donde aparece, respecto de las modalidades del delito y, a su turno, en la motivación, lo siguiente, plenamente concorde con las especificaciones consignadas en la primera instancia del enjuiciamiento.

"Ninguna objeción le merece a la Sala la calificación del delito cometido cuando al definirlo el señor Juez *a quo* estableció que se trataba de un homicidio *elevado a la categoría de asesinato por concurrir las características previstas por los numerales 2º y 5º del artículo 363 del Código Penal"*. (Subraya la Sala).

Consecuente con el llamamiento a juicio, el Juzgado, llegada la oportunidad legal, propuso al Jurado el cuestionario que a continuación se reproduce, seguido de la respuesta que fue entregada:

"*Cuestionario*. El acusado, Alberto Alzate Muñoz, de las condiciones civiles y personales expresadas en el auto de proceder, ¿es penalmente responsable, conforme a éste, de haber dado muerte, con el propósito de matar, a Gilberto González Mejía, causándole una herida con arma de fuego (revólver), en circunstancias que pusieron a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, pues hubo insidia, asechanza y alevosía, y con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos; hecho acaecido en las horas de la noche del día lunes dos (2) de junio de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), en la cantina de propiedad de Heliodoro Alzate, situada en el área urbana de la población de Caicedonia, en comprensión de este Distrito Judicial?

"*El Jurado contestó:* Sí es responsable, pero sin alevosía".

Con fundamento en este veredicto, proferido por unanimidad, el Juzgado, en sentencia del 24 de enero del año pasado, condenó al procesado, señor Alberto Alzate Muñoz, a la pena de diez y siete (17) años de presidio y accesorias del caso, fallo que el Tribunal a que se alude confirmó en el suyo del 13 de noviembre ya citado.

Demanda de casación:

En la demanda de casación, formulada con arreglo a las exigencias legales, el recurrente, por conducto de su apoderado, invoca, como causales de impugnación, pidiendo que se estudien en el orden que las presenta, las previstas en los ordinales 4º, 3º y 1º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal 4ª:

Al amparo de esta causal se hacen al fallo acusado cuatro cargos, así:

a) En el auto de proceder la premeditación se planteó como simple circunstancia de mayor peligrosidad, puesto que en modo alguno se determinó que ella concurriera, respecto de Alzate Muñoz, "acompañada de motivos innobles o bajos", y entonces, como es lógico, no podía incluírse, dentro del cuestionario sometido al Jurado, en el carácter de modalidad que elevase el homicidio a la categoría de asesinato, pero como aquello se hizo, es claro que el procesado "fue llevado al acto de la Audiencia Pública, sin que antes hubiera tenido la oportunidad de defenderse del cargo de la premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, y fue condenado por este cargo, lo que quiere decir que el cuestionario y la sentencia se salieron del pliego de cargos formulado al procesado, hecho que conlleva la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, que garantiza la plenitud de formas propias del juicio penal";

b) En el cuestionario sometido al Jurado se preguntó si el homicidio lo había cometido Alzate Muñoz "en circunstancias que pusieron a la víctima en condiciones de indefensión e inferioridad, pues hubo insidia, asechanza y alevosía", todo lo cual, a más de que "no tiene respaldo procesal", resultó quebrantando "las formalidades propias del juicio penal, por cuanto que la pena impuesta a un procesado tomando equi-

vocadamente una agravante por otra, determina también violación de la ley procedimental por el aspecto de que a nadie se le puede sancionar con rigor desproporcionado a su culpabilidad''. En torno a este planteamiento el recurrente se expresa así:

''Existiendo dos clases de inferioridad, como son la procurada por el autor del delito y la no procurada, pero sí aprovechada por el mismo, en el cuestionario propuesto a los Jueces de Hecho se ha debido dejar claramente determinada cuál de las dos clases de indefensión tenía existencia procesal. De autos aparece que el procesado dio muerte al señor Gilberto González en la cantina de propiedad de Heliodoro Alzate, situada en la población de Caicedonia, por medio de disparos de revólver, *cuando éste se encontraba sentado en una mesa de la citada cantina, departiendo amigablemente con unos amigos*. En tal virtud, la indefensión de que habla el cuestionario se refiere a la consignada en el ordinal 6º del artículo 363 del Código Penal, y no a la del ordinal 5º de la misma previsión, por cuanto que el agente del delito no ejecutó previamente actos para colocar a su víctima en condiciones de inferioridad, o por esos mismos medios la inhibió para ejecutar actos para repeler el ataque''. (El subrayado es de la Sala);

c) En sentir del recurrente, ''en la preparación del crimen hubo coautores o partícipes'', hecho que ha debido averiguarse ''exhaustivamente'', pero como no se procedió de ese modo, a más de resultar violados ''los artículos 294, 280, 295 del Código de Procedimiento Penal'', en realidad ''no se puede hablar de que en el proceso hubo plenitud de formas propias del juicio penal, ya que una investigación tan precariamente adelantada vulnera los intereses del procesado y los de la misma sociedad, la cual se siente justamente alarmada por las consecuencias determinadas por el delito mismo y por la certeza ambiental de que en la comisión de este delito hubo diversos autores materiales o intelectuales que por razón de la defectuosa investigación lograron la impunidad, quedando solamente un procesado recibiendo un prolongado azote carcelario'', y

d) El Jurado, señor Daniel Rengifo, reveló ''tener animadversión contra el defensor'', circunstancia que lo inhabilitaba ''moralmente para fallar en conciencia'', puesto que, como es comprendible, su ''imparcialidad'' quedaba comprometida.

Con fundamento en estos cuatro cargos, el recurrente sostiene que la sentencia acusada se pronunció ''en un juicio viciado de nulidad'' y que, por lo tanto, de acuerdo con la causal a cuyo amparo se aducen, ella debe ser invalidada, disponiendo retrotraer el procedimiento hasta el sorteo de Jurados.

Respuesta:

I. En el auto del 11 de agosto de 1959, mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga confirmó la vocación a juicio que dispuso el Juzgado 2º Superior de la misma ciudad, según providencia del 21 de febrero del citado año, respecto del procesado, señor Alberto Alzate Muñoz, expresamente se consignó que éste, en la consumación de su delito, había obrado dentro de las condiciones previstas en el ordinal 2º del artículo 363 del Código Penal, lo que de suyo establecía ''que se trataba de un homicidio elevado a la categoría de asesinato''.

En estos términos, como es racional, la premeditación quedó planteada, dentro del enjuiciamiento, no en el carácter de ''simple circunstancia de mayor peligrosidad'', como lo pretende el recurrente, sino en el de modalidad específica del delito, que hacía que tomara la denominación de asesinato, precisamente porque, de acuerdo con los datos del proceso, esa premeditación había concurrido ''acompañada de motivos innobles o bajos''.

El cuestionario, conforme a las razones expuestas, tenía que elaborarse y someterse al Jurado, necesaria y lógicamente, con la inclusión del predicho específico agravante, y como así se hizo, según puede apreciarse en su texto, reproducido atrás, claramente se concluye en que el primer cargo que se aduce contra la sentencia acusada, al amparo de la causal 4ª, carece de fundamento.

II. En la primera instancia de la vocación a juicio, adoptada en el auto del 21 de febrero de 1959, el Juzgado, en la parte motiva de esa determinación, concretamente señaló que el procesado Alzate Muñoz había consumado la muerte del señor González Mejía en condiciones de ''indefensión'', puesto que había obrado con ''asechanza, insidia y alevosía''. En la segunda, el Tribunal, con base en el mismo parecer, destacó ''que se trataba de un homicidio elevado a la categoría de asesinato'', precisamente porque, a más de concurrir la modalidad prevista en el ordinal 2º del artículo 363 del Código Penal, se daba también la contemplada en el ordinal 5º del referido texto legal.

En las predichas condiciones, el Juzgado, al redactar y proponer el cuestionario, estaba obli-

gado a incluír esa modalidad del ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal, lo que efectivamente hizo, como se echa de ver, de bulto y ostensiblemente, en la letra y contenido de ese cuestionario, transcrito en párrafos anteriores. El segundo cargo al fallo acusado, presentado con apoyo en la causal 4ª, carece, como el anterior, de fundamento, lo que, desde luego, es todavía más evidente, si a las razones expuestas se agregan las del señor Procurador, quien, al respecto, dice:

"Al hablar de 'error de derecho', todo lo que hace es expresar su propio y personal criterio de abogado en torno al significado de las causales 5ª y 6ª de agravación del homicidio. Mas, sin embargo, ese criterio suyo arranca de una noción reducida o restringida de lo que pueden llamarse condiciones de inferioridad de la víctima, esto es, de las que son propias de ésta (tales como su edad, su debilidad, sus defectos orgánicos o sus enfermedades físicas que impidan o dificulten su propia defensa, condiciones llamadas simplemente de inferioridad personal del ofendido), y aquellas otras condiciones de indefensión o inferioridad en general de la víctima, procedentes, no ya de su contextura orgánica, sino resultantes más bien del lugar y del tiempo, y del modo como se consume el delito. Entre estas últimas circunstancias previstas por el ordinal 5º está precisamente la asechanza, cuya concurrencia en el caso juzgado fue aceptada por el Jurado de Conciencia, y no tiene la menor duda de su existencia, porque es lo cierto que el victimario siguió a su víctima, la estuvo observando, y solamente cuando la consideró ebria, lo mismo que a sus acompañantes, cuando se percató y aseguró de que tanto aquélla como éstos se hallaban desarmados, se acercó disimuladamente hasta una distancia mínima, que no permitiera fallar en el disparo, y a mansalva y sobreseguro sacó el revólver que llevaba escondido debajo del saco y listo, y lo disparó por dos ocasiones, dando cuenta así de la vida de Gilberto González, y en un lugar equívoco y tenebroso de un barrio de tolerancia.

"Así las cosas, carece de fundamento la aseveración hecha por el señor abogado demandante en el sentido de que la circunstancia 5ª de agravación del homicidio 'no tiene respaldo procesal', y que 'por este aspecto se incurrió en un error de apreciación de las probanzas aportadas al informativo'. Por lo demás, tal alegación no es materia de la causal cuarta de casación, sino de la segunda, la cual no tiene cabida en los juicios por Jurado.

"Igualmente, queda demostrado que no hay tal pretendida 'confusión' de 'la indefensión no procurada por el agente, con la procurada por el mismo', de que habla la demanda, y mucho menos está acreditado que 'el señor Juez se excedió en la interpretación del veredicto', concepto con el cual termina lo relativo a este punto segundo de la causal cuarta que se examina".

A cuanto se deja expuesto y transcrito, sólo cabe agregar que la demanda, recogiendo la realidad procesal, reconoce, sin reservas, que Alzate Muñoz causó la muerte del señor González Mejía en condiciones de indefensión, puesto que, como allí mismo se dice, los disparos se los hizo "cuando éste se encontraba sentado en una mesa de la citada cantina, departiendo amigablemente con unos amigos", apreciación que es exacta y da cuenta de la absoluta desprevención en que se encontraba y fue sorprendida la víctima en el momento del ataque mortal.

III. La autonomía de la acción penal, reconocida por todos los expositores, rechaza la idea, planteada por el recurrente, de que su ejercicio, respecto a uno o varios de los acusados que puedan aparecer en el proceso, tenga que subordinarse a la suerte que corra en relación con los otros, lo que apenas es obvio, precisamente porque si de otro modo se entendiera la cuestión, referida sólo a las normas procesales del país, carecería de explicación el artículo 430 del Código de Procedimiento Penal, en donde se prescribe que cuando los procesados "siendo varios, *no fueren todos llamados a juicio, o cuando haya serios motivos para temer que existan otro u otros partícipes del delito que aún no han sido descubiertos, se sacará copia del proceso* para la consulta del sobreseimiento *o la continuación de la investigación, sin suspender el juicio*". (El subrayado es de la Sala).

El cargo en estudio, presentado, a su turno, al amparo de la causal 4ª, carece, como los otros dos examinados, de fundamento.

IV. El cuarto cargo, formulado con invocación de la causal 4ª, tiene como objetivo, según atrás se indicó, enseñar una nulidad del proceso a través de algo que fue ampliamente debatido en las instancias, y sobre lo cual el señor Procurador se expresa, con acierto y propiedad, en los siguientes términos:

"El cuarto cargo igualmente radica en pretender deducir una causal de nulidad sustantiva del proceso, con fundamento en una supuesta imparcialidad de uno de los miembros del Jurado, señor Daniel Rengifo.

"Se trata con esto de revivir un tema que fue objeto de amplísima discusión durante las instancias, tema que no es de recibo en casación, no tanto porque con él no se trata de analizar una cuestión de derecho, sino por haber recibido el *hecho* en que consiste un debate legal dentro del proceso, siendo fallado debidamente, para lo cual fue preciso hasta suspender el curso de las audiencias.

"En consecuencia, tampoco tiene fundamento este último cargo".

De manera que la causal 4ª en que se apoyan los cuatro cargos estudiados, no puede prosperar.

Causal 3ª:

Con apoyo en esta causal de impugnación, el recurrente sostiene que la sentencia acusada "no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder", en razón de que, en su sentir y como lo recabó en la fundamentación de la causal 4ª, la expresada determinación en modo alguno planteó modalidades de asesinato con respecto al homicidio atribuído al señor Alzate Muñoz, lo que, sin embargo, no fue óbice para que se condenara conforme a esa específica situación.

Respuesta:

En el estudio de los cargos formulados al amparo de la causal 4ª, se demostró ampliamente que, contra lo que supone el recurrente, en el auto de proceder se plantearon y, por ende, debían proponerse al Jurado, las modalidades de asesinato previstas en los ordinales 2º y 5º del artículo 363 del Código Penal, las cuales fueron afirmadas, en el veredicto, por el Tribunal Popular.

En las predichas condiciones, resulta por entero imposible sostener falta de consonancia entre el auto de proceder, el veredicto del Jurado y la sentencia que, con fundamento en ese veredicto, se profirió, y que es la misma que se somete a impugnación. El cargo carece, en consecuencia, de fundamento, y entonces tampoco puede prosperar esta otra causal invocada.

Causal 1ª:

Con apoyo en esta causal de impugnación, se pretende que en la sentencia acusada, al entrar a "dosificar la pena al procesado", contra lo que era debido, no se tuvieron en cuenta "las previsiones contenidas en el artículo 37 del Código Penal" y, de esta suerte, se vinieron a aplicar, de manera indebida, "los ordinales 2º y 5º del artículo 363 del mismo Código, tesis en cuya sustentación se trae de nuevo el parecer, según el cual en el auto de proceder no se plantearon las modalidades de asesinato contempladas en los dos ordinales del texto legal a que se alude en segundo término.

Respuesta:

En el auto de proceder, como ya varias veces se ha recalcado, quedaron planteadas las dos modalidades de asesinato a que se contraen los ordinales 2º y 5º del citado artículo 363 del Código Penal, lo que de suyo imponía —como se hizo— la obligación de preguntar al Jurado, respecto a ellas, en el cuestionario sometido a su consideración, y como la respuesta fue afirmativa, necesariamente tenían que aplicarse las expresadas normas legales. El cargo, por lo tanto, carece de fundamento, y entonces se concluye en que tampoco puede prosperar esta otra causal de impugnación.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, acorde con el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *desecha* el recurso de casación de que expresamente se trata en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínquez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

DELITO DE ESTAFA

Yerros de orden procedimental. — Significado y alcance de los autos de proceder y de detención. — Dentro del procedimiento especial del Decreto 0014 de 1955 no existe el auto de proceder y el de detención no puede equipararse a él.

1. Es difícil hallar un proceso en el cual no se adviertan yerros de orden procedimental, pero para que éstos, conforme a reiterada doctrina de la Corte, estructuren una nulidad supra-legal, es indispensable demostrar que conculcaron ostensiblemente el derecho de defensa, garantizado por el artículo 26 de la Constitución.

2. El demandante afirma que en el procedimiento especial consagrado en el Decreto 0014 de 1955 el auto de detención equivale al de proceder "para todos los efectos jurídicos y procesales", concepto del cual participan "la doctrina y los tratadistas".

En verdad, la jurisprudencia de la Corte ha sido contraria a la tesis sostenida por el recurrente. Es sabido que el mencionado estatuto contiene un procedimiento especial para el juzgamiento de los estados antisociales que también se aplica a los procesos por delitos contra la propiedad de que conozca la justicia ordinaria. En este procedimiento especial o excepcional no existe el auto de proceder, ni se dispone en ninguno de los preceptos que lo regulan que el auto de detención equivalga al de llamamiento a juicio. El artículo 55, en cambio, ordena que "la captura y el auto de detención preventiva del sindicado como presuntamente peligroso, se regirán por las normas generales". Ahora bien, se recordará que, conforme a estas normas generales, los presupuestos exigidos para residenciar en juicio son mucho más rigurosos que los necesarios para fundar la detención preventiva, como se desprende de la simple confrontación de los artículos 429 y 431 del Código de Procedimiento Penal, de una parte, y de los artículos 379 y 383, ibídem, de la otra. Por ello comparando el significado y alcance de los autos de detención y proceder, ha dicho la Corte: "Los elementos de análisis y apreciación de los fenómenos jurídicos que se requieren para sustentar un auto de esta clase (auto de detención), son diferentes a los exigidos para fundamentar el auto de proceder. En el primer caso, el ánimo del Juez, su conciencia y su decisión no se comprometen a fondo, pues tratándose de una medida de orden meramente preventivo, su fundamento puede ser revocado por pruebas posteriores que lo decidan a infirmar su anterior providencia. En cambio, tratándose de auto de proceder, cualquier opinión que el juzgador tome al respecto conlleva un proceso de análisis y de síntesis de los elementos constitutivos del delito y modalidades del mismo, que presupone definida posición de su ánimo para llamar al procesado a responder por un pliego de cargos que debe estructurar, según su criterio jurídico, todo ello basado sobre el diverso conjunto probatorio".

Tanta diferencia existe entre el criterio provisional que informa el auto de detención y el que, comprometiendo a fondo la opinión del Juez, se traduce en el auto de proceder, que el primer supuesto no puede válidamente constituír causal de impedimento o recusación. Y es ésta la razón fundamental para que la Corte haya dicho al respecto en numerosas oportunidades: "La opinión que se expresa en el auto de detención no es definitiva, puede cambiar, perder su valor inicial por nuevos elementos de prueba que se alleguen al proceso, y puede revocarse; por tales razones, la opinión expresada en el auto de detención, o en una providencia de excarcelación, no implica un concepto de fondo sobre la apreciación definitiva de los elementos del delito

y, por consiguiente, no puede invocarse como causal de impedimento".

3. Siendo evidente que dentro del procedimiento especial del Decreto extraordinario 0014 de 1955 no existe el auto de proceder, y que el de detención no puede equipararse a él, resulta impertinente invocar la causal tercera de casación en los procesos adelantados conforme a las normas de aquel estatuto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, ocho de noviembre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos:

El Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo puso término a la primera instancia de este proceso mediante sentencia del veintidós de marzo de mil novecientos sesenta, cuya parte resolutiva está concebida en los siguientes términos:

"*Primero.* Condenar, como en efecto se hace, a Jesús María López García, de 32 años de edad, natural de Caicedonia (Valle) y vecino de Villavicencio, casado, de profesión ganadero, hijo de Jesús María López y Guillermina García, a la pena principal de *nueve años de prisión,* por el delito de estafa, consumado en Arauca el día veintisiete de mayo de 1960, fecha en que giró el último cheque, ya que los otros son de fechas anteriores.

"Como consecuencia de la pena principal se deben aplicar las siguientes penas accesorias: a) La interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal; b) La pérdida de toda pensión jubilación (sic) o sueldo de retiro de carácter oficial; c) La suspensión de la patria potestad por el tiempo de la condena.

"*Segundo.* Condenar al mismo procesado a pagar la multa de $ 4.000.00 a favor del erario público.

"Condénase también al mismo procesado en abstracto al resarcimiento de los daños y perjuicios de orden material y moral ocasionados con la infracción, de acuerdo con las leyes sustantivas y adjetivas sobre el particular".

Al revisar, por vía de apelación, el aludido fallo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial nombrado lo reformó en el suyo del 19 de julio de 1961, "en el sentido de rebajar a *cuatro años y ocho meses de prisión* la pena que debe purgar el procesado Jesús María López García...", y reducir al mismo lapso las sanciones accesorias que implican duración.

Contra la sentencia de segunda instancia interpuso oportunamente el procesado el recurso extraordinario de casación, el cual fue sustentado ante la Corte, por apoderado especial, en demanda visible de folios 9 a 14 del cuaderno número 5, sobre cuyo mérito procede esta Sala a decidir.

En consideración a la índole de los motivos de impugnación alegados por el demandante al amparo de las causales 4ª y 3ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, en verdad no es necesario detenerse en el relato de los hechos materia de la controversia.

La demanda.

Causal cuarta. Los cargos o tachas que con fundamento en esta causal formula el actor a la sentencia recurrida se sustentan con una argumentación carente de claridad. Sin embargo, considera la Sala que el pensamiento cardinal del impugnador al respecto ha sido desentrañado con fortuna, al contestar la demanda, por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, y resulta útil, por tanto, en vez de ensayar un nuevo resumen de la acusación, acoger el que éste, con notable fidelidad, ha elaborado:

"El recurrente manifiesta que el auto de detención proferido contra Jesús María López García lo fue 'por los delitos de estafa y de especial peligrosidad que definen y castigan el artículo 408 del Código Penal y numeral 27 del artículo 7º del Decreto 0014 de 1955 (fs. 4 y ss. del cuad. 1º), con lo cual se violó flagrantemente la ley procedimental porque por un mismo hecho se le quiso imponer doble sanción al procesado'. Afirma el demandante que no pueden asimilarse los delitos contra la propiedad, que tipifica el Código Penal, con los estados de especial peligrosidad que sanciona el Decreto extraordinario 0014 de 1955, y que al hacerlo se 'viola el principio constitucional de que ningún ciudadano puede juzgarse sino con la observancia plena de las normas propias del juicio respectivo' (fl. 2 de la demanda).

"Arguye, además, el impugnador que a este proceso, adelantado en averiguación de la ocurrencia de un presunto delito contra la propiedad, se le ha debido imprimir el trámite que se-

ñala el Decreto aludido, al tenor de su artículo 81, y, por lo tanto, al emitir el auto de detención se ha debido fijar un término probatorio, so pena de lesionar el derecho de defensa del acusado. Cita en su apoyo el artículo 60 del estatuto especial mencionado que ordena tal ritualidad. Al respecto dice:

'... Ahora bien, por disposición expresa del precitado Decreto 0014 de 1955, en la investigación de todos los delitos contra la propiedad cuando éstos no constituyen *estado peligroso,* debe seguirse el procedimiento que dicho Decreto señala, o sea que si el auto en cuestión detuvo por un estado de *peligrosidad* a mi mandante, como lo hizo, ha debido observarse *la plenitud de las normas* (sic) *propias de ese juicio,* o sea las señaladas por el Decreto 0014 de 1955. Pero no lo hizo puesto que ni el auto mencionado ni otro adicional, *abrió a prueba el juicio* por el término máximo de *cuarenta días* como lo ordena el artículo 60, Capítulo V del citado estatuto. Tampoco, como el honorable Magistrado puede comprobarlo, se dio cumplimiento a ninguna de las disposiciones allí consignadas. Entonces se violó el principio constitucional en cita porque se condenó a mi mandante con exclusión de las normas propias del juicio que se le siguió' (fs. 2 y ss. de la demanda).

"Tras lo anterior, el recurrente arguye que si la condena contra López García se produjo por el delito de estafa, también en este caso debió aplicarse el procedimiento especial señalado en el estatuto especial referido, según el mandato del artículo 81 de tal Decreto. Por este motivo estima el demandante que se incurrió en este proceso en una nulidad de índole constitucional, la cual hace procedente, en su concepto, la causal cuarta de casación penal".

Causal tercera. Alega el acusador el primero de los dos motivos comprendidos en esta causal: inconsonancia de la sentencia con los cargos formulados en el auto de proceder. Afirma que "los tratadistas y la doctrina han sostenido que en el procedimiento especial que señala el Decreto 0014 de 1955, el auto de detención equivale para todos sus efectos jurídicos y procesales, al de proceder del procedimiento ordinario, en atención a que en esta clase de procesos, no existe la etapa del plenario de la causa de los ordinarios, etapa que garantiza la defensa del procesado". Y partiendo de esta afirmación, concluye:

"Siendo esto así, el auto dictado en este proceso como cargo principalísimo y central, formuló el de *estado de especial peligrosidad,* originado en la emisión de cheques sin previa provisión de fondos. Entonces, ha debido condenarse por ese hecho y no como lo hizo el honorable Tribunal en la sentencia acusada por otro diferente. Nació entonces la causal 1ª de casación que invoco como subsidiaria.

"Y por este aspecto también se incurrió en la misma nulidad *constitucional* a que me vengo refiriendo porque: se tuvo en cuenta la emisión de cheques sin la previa provisión de suficientes fondos por parte del girador —mi mandante—, pero se pretermitió el requisito *sine qua non* de la noticia previa al girador por parte del banco respectivo dentro de las 48 horas siguientes a la solicitud del girado, al ritmo de las voces del parágrafo 2º del artículo 31 del Decreto 0014 de 1955. También por ello, honorables Magistrados, se violó el mismo principio constitucional a que me he referido en este libelo, y se incurrió en la causal de casación invocada".

Finalmente, manifiesta que reitera "la petición inicial de que se declare *nula y sin valor, de absoluta nulidad,* la sentencia proferida por el honorable Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, con fecha 19 de julio de 1961, por la cual se impuso a Jesús María López García una pena principal de *cuatro años y ocho meses de prisión* y las consiguientes accesorias, y como consecuencia de esa declaración, se ordene la *inmediata libertad incondicional* del precitado ciudadano".

Respuesta del Procurador:

Después de estudiar detenidamente los cargos que en la demanda se plantean contra la sentencia recurrida, y los argumentos que el libelo ofrece para sustentarlos, la Procuraduría Delegada concluye que no han sido demostrados, por lo cual, de manera consecuente, solicita de la Corte que "*no case* el fallo recurrido". En la medida en que ello fuere oportuno, la Sala se referirá a las razones en que el señor Procurador funda su petición.

Consideraciones de la Corte.

Es cierto que en el auto de detención preventiva proferido en este proceso no se ordenó el término de prueba previsto por el artículo 60 del Decreto 0014 de 1955, pero tal irregularidad, ya anotada por el Juez Primero Superior de Santa Rosa de Viterbo en providencia del 30 de agosto de 1960, fue ciertamente subsanada mediante auto del 13 de septiembre del mismo año,

en el cual, entre otras cosas, se dispuso: "Abrese a prueba el presente negocio por el término de treinta días para que las partes aduzcan las pruebas que sean conducentes en defensa de sus derechos" (f. 144, Cuad. 1º).

De este término de pruebas hizo uso el apoderado del procesado, como puede apreciarse a folios 160, 189 y 212 del citado cuaderno, personero judicial que, además, interpuso los recursos que estimó procedentes contra varias de las providencias proferidas durante la etapa investigativa. Con posterioridad, el apoderado sustituto, doctor Alvaro Rodríguez Suárez, presentó el extenso alegato visible a folios 305 y siguientes, el cual precisamente empieza expresando: "Vencido el término probatorio dentro del sumario de la referencia, presento a su Despacho el alegato de conclusión a que se refiere el artículo 61 del Decreto 0014 de 1955...".

Esta Sala comparte, además, el criterio expuesto por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal al refutar el otro aspecto de la acusación formulada al fallo recurrido con fundamento en la causal 4ª de que se trata:

"Por otra parte —expresa—, el hecho de haber emitido el auto de detención, tanto por el delito de estafa como por un estado de especial peligrosidad, no determinó que hubiera lesión alguna del derecho de defensa, pues en la misma sentencia del Tribunal *ad quem* se reparó el error en que había incurrido el Juez *a quo* al dictar su fallo condenatorio contra López García, cuando pretendió imponer sanción al acusado, tanto por el delito de estafa como por el estado de especial peligrosidad... La sentencia hoy recurrida es condenatoria exclusivamente por el delito de estafa, evento que le fue atribuído al reo en el auto de detención. No se observa, pues, por este aspecto lesión alguna del derecho de defensa. El fallo condenatorio se produjo por un cargo del cual se le había señalado autor desde la misma providencia precautelativa".

De lo dicho se desprende que si bien dentro del trámite que se le imprimió al proceso se cometieron algunas irregularidades, éstas no alcanzaron a vulnerar el derecho de defensa del procesado. Es difícil hallar un proceso en el cual no se adviertan yerros de orden procedimental, pero para que éstos, conforme a reiterada doctrina de la Corte, estructuren una nulidad supralegal, es indispensable demostrar que conculcaron ostensiblemente el derecho de defensa, garantizado por el artículo 26 de la Constitución. Como ello no ha ocurrido precisamente en el caso *sub judice*, la invocada causal cuarta no puede prosperar.

Causal tercera. Como se ha visto, el demandante afirma que en el procedimiento especial consagrado en el Decreto 0014 de 1955, el auto de detención equivale al de proceder "para todos los efectos jurídicos y procesales", concepto del cual participan "la doctrina y los tratadistas".

En verdad, la jurisprudencia de la Corte ha sido contraria a la tesis sostenida por el recurrente. Es sabido que el mencionado estatuto contiene un procedimiento especial para el juzgamiento de los estados antisociales, que también se aplica a los procesos por delitos contra la propiedad de que conozca la justicia ordinaria. En este procedimiento especial o excepcional no existe el auto de proceder, ni se dispone en ninguno de los preceptos que lo regulan que el auto de detención equivalga al de llamamiento a juicio. El artículo 55, en cambio, ordena que "la captura y el auto de detención preventiva del sindicado como presuntamente peligroso, se regirán por las normas generales". Ahora bien, se recordará que, conforme a estas normas generales, los presupuestos exigidos para residenciar en juicio son mucho más rigurosos que los necesarios para fundar la detención preventiva, como se desprende de la simple confrontación de los artículos 429 y 431 del Código de Procedimiento Penal, de una parte, y de los artículos 379 y 383, ibídem, de la otra. Por ello comparando el significado y alcance de los autos de detención y de proceder, ha dicho la Corte: "Los elementos de análisis y apreciación de los fenómenos jurídicos que se requieren para sustentar un auto de esta clase (auto de detención) son diferentes a los exigidos para fundamentar el auto de proceder. En el primer caso, el ánimo del Juez, su conciencia y su decisión no se comprometen a fondo, pues tratándose de una medida de orden meramente preventivo, su fundamento puede ser revocado por pruebas posteriores que lo decidan a infirmar su anterior providencia. En cambio, tratándose de auto de proceder, cualquier opinión que el juzgador tome al respecto conlleva un proceso de análisis y de síntesis de los elementos constitutivos del delito y modalidades del mismo, que presupone definida posición de su ánimo para llamar al procesado a responder por un pliego de cargos que debe estructurar, según su criterio jurídico, todo ello basado sobre el diverso conjunto probatorio".

Tánta diferencia existe entre el criterio provisional que informa el auto de detención y el

que, comprometiendo a fondo la opinión del Juez, se traduce en el auto de proceder, que el primer supuesto no puede válidamente constituír causal de impedimento o recusación. Y es esta la razón fundamental para que la Corte haya dicho al respecto en numerosas oportunidades: "la opinión que se expresa en el auto de detención no es definitiva, puede cambiar, perder su valor inicial por nuevos elementos de prueba que se alleguen al proceso, y puede revocarse; por tales razones, la opinión expresada en el auto de detención, o en una providencia de excarcelación, no implica un concepto de fondo sobre la apreciación definitiva de los elementos del delito y, por consiguiente, no puede invocarse como causal de impedimento".

Siendo evidente que dentro del procedimiento especial del Decreto extraordinario 0014 de 1955 no existe el auto de proceder, y que el de detención no puede equipararse a él, resulta impertinente invocar la causal 3ª de casación en los procesos adelantados conforme a las normas de aquel estatuto.

En relación con el otro aspecto de la acusación, planteado en forma antitécnica dentro de la referida causal, son suficientes para refutarlo las razones expuestas por la Procuraduría Delegada sobre el particular:

"Mas si se entendiera que el cargo es idóneo para ser examinado por intermedio de la causal cuarta de casación, toda vez que el recurrente habla de la existencia de una nueva nulidad constitucional, es lo cierto que ninguna demostración ofrece el demandante para que el cargo sea tenido como tal. El problema que plantea el impugnador se refiere a uno de los hechos que tipifica un elemento constitutivo del delito de estafa por el cual se condenó a López García, vale decir el giro de cheques sin previa provisión de fondos suficientes para el pago respectivo de tales instrumentos negociables. Así las cosas se ha debido invocar la causal 2ª de casación que era la pertinente para discutir tal hecho. Se repite para mayor razonamiento, que en este proceso al reo López García se le impuso sentencia condenatoria por el delito de estafa y nada más. La calificación eminentemente provisional dada a los hechos en el auto de detención preventiva no tuvo ninguna incidencia en la sentencia que ha sido recurrida. Si bien el Juez *a quo* se equivocó en su proveído del folio 311 a 321 del cuaderno 1º, al imponer la pena al procesado, es lo cierto que el error fue reparado por el Tribunal *ad quem*, entidad que sólo aplicó la pena correspondiente al delito de estafa de que da cuenta el informativo.

"No se observa la nulidad constitucional que menciona el recurrente, en forma antitécnica, dentro de la causal 3ª de casación. Menos está siquiera incipientemente demostrada la causal 1ª que ha sido citada por el demandante.

"En cuanto hace alusión con estos nuevos cargos antes examinados, este Ministerio Público estima que no existe materia de discusión y que la invocación de la causal 3ª de casación carece de comprobación alguna".

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de que se ha hecho mérito en la parte motiva del presente fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial.*

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO. — DESACUERDOS DE LA SENTENCIA CON EL VEREDICTO DEL JURADO

Cuerpo del delito. — Auto de proceder. — Causas de inculpabilidad y de justificación del hecho. — Causal segunda de casación penal. — No es pertinente en los juicios con intervención del jurado. — La equivocación en la determinación de circunstancias específicas del delito, no constituye nulidad. — Cuestionarios sometidos al jurado. — Declaración de contraevidencia del veredicto por el juzgador en derecho. — Interpretación de los ordinales 5º y 6º del artículo 363 del Código Penal. — Causal tercera de casación.

1. El artículo 429 del Código de Procedimiento Penal señala que el Juez dictará auto de proceder "cuando en el proceso aparezca plenamente comprobado el cuerpo del delito y resultare, por lo menos, una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad conforme a las reglas de la crítica del testimonio o graves indicios de que el procesado es responsable penalmente, como autor o partícipe, del hecho que se investiga".

Asimismo en el artículo 431 de la misma obra se dice que en la parte motiva del auto de proceder debe hacerse, entre otras cosas, "el análisis de las pruebas que demuestren el cuerpo del delito y de las en que se funde la imputación al procesado". (Subraya la Sala).

No se exige, pues, que aparezca plenamente demostrada la imputación del hecho al sindicado para que se le llame a juicio. Mucho menos que esté comprobada con plenitud su responsabilidad penal. La plena prueba de que tratan los artículos 429 y 431 del Código de Procedimiento Penal alude, únicamente, al "cuerpo del delito", esto es, a las condiciones que, en cada caso, tipifican como infracción punible un hecho; o, como lo indica el artículo 272 de la misma obra, "los elementos constitutivos del delito señalado en la respectiva disposición penal".

De acuerdo con el artículo 362 del Código Penal, el homicidio voluntario ocurre cuando alguien, con el propósito de matar, ocasiona la muerte a otro.

No se menciona en esta definición legal, como tampoco lo hacen las legislaciones penales modernas respecto de cualquier delito, la ilegitimidad o la antijuridicidad de la conducta, pues estos conceptos hacen relación con una exigencia genérica de toda infracción punible y no con el cuerpo del delito o tipicidad de la conducta delictuosa.

De ahí que los Códigos, al ocuparse del delito de homicidio, no sigan la definición de Carrara, mencionada por el demandante, en la cual se alude a la ilegitimidad de la conducta.

Los eventos que justifican el hecho, entre los cuales se encuentra la legítima defensa (ord. 2º del art. 25 del Código Penal), no atañen, pues, a la noción de cuerpo del delito, esto es, a la tipicidad del comportamiento punible, sino a la condición genérica de toda infracción penal: que el hecho sea antijurídico.

2. Demostradas en un proceso las condiciones que tipifican un delito, vale decir, comprobadas plenamente las condiciones específicas que configuran el cuerpo de esa infracción penal, y señalado su autor, con ese mínimo de prueba de la imputabilidad a que se refiere el artículo 429 del Código de Procedimiento Penal ("una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad conforme a las reglas de la crítica del testimonio o graves indicios de que el procesado es responsable penalmente"), debe proferirse el auto de proceder.

La mera alegación del sindicado de haber cometido el hecho dentro de alguna de las condiciones que justifican su conducta, como por caso la de defensa legítima, no impide que sea llamado a juicio.

De una parte, porque la antijuridicidad de la conducta, como condición genérica de todo delito, no hace parte del cuerpo de la infracción penal; y de otra, porque sólo "cuando resulte plenamente demostrado que el hecho se realizó en alguno de los casos enumerados en los artículos 23 y 25 del Código Penal" (art. 437, ord. 3º del C. de P. P.), que se refieren a las causas de inculpabilidad y de justificación del hecho, respectivamente, corresponde prescindir del llamamiento a juicio para proferir en favor del sindicado, sobreseimiento definitivo.

3. La causal segunda de casación, mediante la cual procede el ataque a la sentencia "por errada interpretación o apreciación de los hechos", no es pertinente en los juicios en que interviene el jurado, así ocurra, como lo hace el demandante en este caso, que, sin mencionarla, proponga un nuevo debate sobre la prueba y dirija la impugnación, no al fallo recurrido, sino al auto de proceder.

En efecto, lo que plantea el señor apoderado del recurrente, no es el caso de nulidad de los procesos penales señalado en el ordinal 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, que alude al "error relativo a la denominación jurídica de la infracción", en el cual no incurrió el a quo al llamar a juicio a los procesados por el delito de homicidio, sino la supuesta falta de prueba de la imputabilidad de los enjuiciados y el debatido desconocimiento de la causal de justificación del hecho (legítima defensa) alegada por uno de ellos que el Juzgado 5º Superior de Ibagué no encontró plenamente acreditada, todo lo cual, como correspondía en ese negocio, se dejó como materia del juicio y, naturalmente, a la decisión de los Jueces de Conciencia.

4. El ordinal 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal se refiere únicamente al "error relativo a la denominación jurídica de infracción, o la época o al lugar en que se cometió, o al nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido". Por tanto, aun en el supuesto de que el a quo se hubiera equivocado en la determinación de circunstancias específicas del delito, modificadoras de la pena, ello no constituye el caso de nulidad que trae la disposición citada, y en la cual apoya el impugnante este nuevo cargo, con citación de la causal cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

La Corte, en sentencia de 29 de septiembre de 1947, dice lo siguiente: 'De otro lado, el artículo 431 del Código de Procedimiento Penal no exige que en la parte resolutiva del auto de proceder se expresen las circunstancias que sirvan para precisar el hecho con todos sus detalles de lugar, tiempo y modo; ni las personas con todas sus determinaciones de nombre, edad, ocupación, sexo, domicilio, etc.; ni mucho menos las que sirvan para fijar la especie a que pertenezca el delito. Todas esas circunstancias deben expresarse en la parte motiva, pues la resolutiva, que no es sino la 'conclusión de las premisas sentadas en la parte motiva', como lo dice el artículo 431, no debe contener sino el llamamiento a juicio por el delito que corresponda, determinado con la denominación que le dé el Código Penal, y nada más". (G. J., Tomo LXII, p. 453).

Las circunstancias que modifican la penalidad del homicidio, previstas en el artículo 363 del Código Penal, no hacen parte de la denominación jurídica de la infracción y, por ello, se menciona en la parte motiva del auto de proceder.

5. El artículo 502 del Código de Procedimiento Penal señala que "cuando sean varios los delitos por los cuales se hubiere llamado a juicio a un mismo procesado, se formularán separadamente los cuestionarios sobre cada uno de aquéllos, como si se tratare de acusados distintos. Cuando el delito sea el mismo y varios los sindicados, también se propondrán separadamente los cuestionarios respecto de cada uno de ellos. Con este precepto, el legislador buscó una mayor amplitud para los Jueces de Conciencia al definir sobre la responsabilidad del procesado por varios delitos, o de los varios procesados por un solo delito. Al mismo tiempo permite que el veredicto del jurado, de acuerdo con los distintos cuestionarios, pueda —cuando así corresponda— ser declarado contraevidente en cuanto a alguno de los distintos cargos formulados en el auto de proceder, caso en el cual la decisión de los Jueces de Conciencia, en relación con los demás, no puede ser objeto de nuevo juzgamiento, pues la contraevidencia no cabe ser extendida a lo que no es contraevidente.

La respuesta a uno de los cuestionarios propuestos al jurado, declarada contraevidente por el juzgador en derecho, no puede afectar el veredicto no contraevidente dado por los Jueces de Conciencia respecto de otro u otros cargos hechos al procesado o procesados.

Cuando el artículo 537 del Código de Procedimiento Penal habla de veredicto "contrario a la evidencia de los hechos...", alude a los que reunidos configuran un cargo, esto es, a las condiciones que según la ley penal, integran el delito porque fue llamado a juicio el sindicado.

Igual cosa debe entenderse cuando la Ley 4ª de 1943, en sus artículos 28 y 29 se refiere a "los hechos" o al "hecho".

La Corte, en fallo de 23 de marzo de 1942 (G. J. No. 1979, p. 491), dice que "si a un reo se le juzga por dos delitos en el mismo proceso y el Juez declara injusto el veredicto referente a uno de los dos cargos, no puede dictarse sentencia condenatoria por el otro, sino que debe mantenerse en suspenso la condenación mientras se reúne el nuevo jurado, porque dentro del sistema de acumulación jurídica de las penas establecidas en el nuevo Código no pueden dislocarse los procedimientos ni hacerse fallos separados para un mismo reo, cuando se le juzga por concurso de delitos, ya sea real, ya sea meramente formal, puesto que en tales casos no se imponen varias penas principales sino una sola, aunque agravada. La sentencia condenatoria por uno de los delitos en concurso, dejando pendiente el otro, adolece de aplicación indebida —por prematura— de la ley penal".

6. Las situaciones a que se refiere el ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal son calculadas, en orden a determinar su conducta, por el agente del delito, a diferencia de las que contempla el ordinal 6º, en las que sólo hay abuso de las "condiciones de inferioridad personal del ofendido".

La Corte, en sentencia de 7 de febrero de 1955 (G. J., T. LXXIX, p. 581), dice que "los términos 'insidia' y 'asechanza' que allí se emplean..." (alude al ordinal 5º del artículo 363 del C. P.), "parece más propio aplicarlos a aquellos casos en que el ocultamiento moral o físico ha sido creado o procurado por el delincuente para reducir a la víctima a un estado de impotencia o inducirla a entregarse confiadamente en manos del enemigo".

Así, pues, mediante la asechanza, el delincuente pone a la víctima en incapacidad de defenderse. En cambio, en el abuso "de las condiciones de inferioridad personal del ofendido", el agente sólo se aprovecha de ellas, sin crearlas.

A ningún aprovechamiento de "las condiciones de inferioridad o indefensión en que se encontraba la víctima..." (como se dice en el cuestionario propuesto al primer jurado)..., como correspondiente al contenido del ordinal 6º del artículo 363 del Código Penal se refirió el a quo en el auto de proceder. Vale decir: el abuso de las condiciones de inferioridad personal del ofendido, como situación ajena a la actividad de los procesados, no fue planteado en el auto de vocación a juicio. Por tanto la pregunta hecha a los Jueces de Conciencia únicamente podía, lógicamente, concretarse a las modalidades contempladas en el ordinal 5º del artículo 363, que fue el citado por el a quo, al ocuparse de las circunstancias específicas de agravación del delito de homicidio. La "superioridad numérica de los atacantes", mencionada en el auto de vocación a juicio, no fue puesta en consideración del jurado. En consecuencia, al responder los Jueces de hecho que los enjuiciados sí son responsables, pero "sin asechanza", cubrieron lo que, en cuanto a las condiciones señaladas en el ordinal 5º del artículo 363, les fue preguntado.

El "aprovechamiento de las condiciones de inferioridad o indefensión en que se encontraba la víctima" (mencionado en el cuestionario como una eventualidad claramente señalada en el ordinal 6º del artículo 363 del Código Penal), no fue indicada en el auto de proceder. Por tanto, al preguntarse al Jurado si "el acusado... es responsable de haber ocasionado la muerte... con asechanza y aprovechándose de las condiciones de inferioridad e indefensión en que se encontraba la víctima", mal puede entenderse que, en cambio de reafirmar esta frase la indefensión y la inferioridad creadas por la asechanza (como simple proposición explicativa), se diga con ella: colocando a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, por la superioridad numérica de los atacantes, para que se estime, como afirmada por el Jurado, esta circunstancia constitutiva de homicidio agravado de acuerdo con el ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, noviembre nueve de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos:

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de 21 de septiembre de 1961, por la cual les fue impuesta a los procesados Gui-

llermo Castellanos Bautista, Jaime Torres y Miguel Ibagué Casas la pena principal de quince (15) años de presidio, a los dos primeros, y la de cinco años de presidio al último, más las sanciones accesorias correspondientes, como responsables del delito de homicidio cometido en la persona de Abel Sierra Cañón.

Hechos y desarrollo del proceso.

El *ad quem* anota que "el domingo 15 de diciembre de 1957, aproximadamente a las tres y media de la tarde, fue ultimado de varios disparos de arma de fuego Abel Sierra Cañón, en el camino que de la fracción de 'La Betulia' conduce a la población de Villahermosa. El levantamiento del cadáver solamente se realizó a las once de la mañana del 17 del citado mes, por el Inspector Departamental de Policía de Quebradanegra, en asocio de peritos, quienes dan cuenta de que el cuerpo del extinto fue encontrado al lado izquierdo del camino, subiendo, a cuatro metros con sesenta centímetros de su orilla, detrás de un cerco de alambre. Se observó que los bolsillos del pantalón, al parecer, los tenía volteados al revés; se encontró vacío un estuche para revólver, y una peinilla o machete de diez y seis pulgadas; como signos de violencia, presentó: 'una herida producida por arma cortante en el hombro derecho, causada por el alambre, al pasar la víctima por el alambrado; otra herida producida por arma de fuego en la parte inferior de la oreja izquierda, a unos cuatro centímetros de distancia; presenta, además, varios impactos producidos por arma de fuego en la parte izquierda de la cabeza, los que posiblemente fueron causados por escopeta; presenta un orificio de entrada producido por arma de fuego en el lado inferior, que le produjo fractura del maxilar inferior y desaparición de dos dientes, además tiene perforada la lengua; finalmente, se le hallaron varios impactos producidos por arma de fuego en la parte posterior de la cabeza'. Se anotó que 'a ocho metros del camino y cerca a donde se hallaba el cadáver se observaron pisoteaderos y ramas dobladas donde se presume que los responsables del ilícito se hallaban haciendo puesto a la víctima' " (f. 2 del Cd. 1º).

Observa el Tribunal Superior de Ibagué, en la providencia recurrida, lo que pasa a transcribirse:

"Una de las primeras personas en encontrar el cadáver de la víctima fue Ana Dolores Pachón de Martínez, quien dice que aquel día regresaba del caserío de Murillo hacia su casa, situada en la vereda de 'La Betulia', a eso de las seis de la tarde, 'cuando oí —dice— un ronquido en el camino; como detrás venía mi esposo Olegario Martínez, lo esperé ahí hasta que me alcanzó, y le dije que ahí había uno muriéndose; él se acercó a repararlo, pero tampoco lo reconoció. Estando en esas llegaron don Salvador Torres y Heráclito Casas y les dijimos; don Salvador Torres reconoció que era don Abel, que porque lo había visto en las horas de la mañana por ahí cargando una carga de papa' (f. 95 v. del Cdn. 1º).

"Quien dio la noticia del hallazgo del cadáver de Abel a sus familiares fue el menor Julio Roberto Martínez —al parecer hijo de Olegario Martínez y de la testigo anteriormente nombrada—, pues dice: 'El lunes, por ahí de diez a once del día, me mandó mi papá a donde los Sierras a que les diera la noticia de que habían matado a Abel; allá estaba la señora de Carlos y una Ana, que no le sé el apellido, les di la noticia, y ellos no sabían, porque me dijeron que no habían sabido; en seguida se fueron a la casa mía, un tal Ernesto N. y fue a preguntarle a mi papá si era cierto' (f. 96 v. del Cdn. 1º).

"También Angel María Marroquín, hablando acerca de la noticia sobre el hallazgo del cadáver de Abel, dice: 'El lunes por la tarde, por ahí como a la una, estaba yo arrancando una papa cuando llegó la señora de don Rubén Ibagué a darle la cuenta a la hija de que lo habían matado (se refiere a Abel Sierra). Ahí mandaron un muchacho para donde los señores Sierra a dar la cuenta de que habían matado al hermano. Llegaron los señores Sierra de arriba, yo estaba arrancando la papa, me llamaron, y seguro yo no los oí, porque estaba muy lejos' (f. 97 v. ib.).

"En la denuncia formulada por Gonzalo Hernández el 16 de diciembre citado, ante el Inspector de Policía de Quebradanegra, dice aquél: 'Hoy, más o menos a las dos de la tarde, llegó a la casa de los Sierras el señor Camilo Sánchez e informó que habían asesinado a Abel Sierra Cañón. En vista de ello, los señores Sierras, hermanos del occiso, me dijeron o solicitaron que me viniera a dar cuenta a esta oficina' (f. 1º del Cdn. 1º).

"En cuanto hace a la perpetración del crimen y sus autores, el testigo Jesús Maldonado Ortiz dice que aquel día, a eso de las tres y media de la tarde, 'iba yo en la falda de 'La Betulia', para 'La Samaria', donde estaba comprometido a trabajar, iba en la falda y me senté en una barranquita a descansar, cuando en esas llegó Jaime Torres y me dijo que si yo no había visto a nin-

guno por ahí abajo: yo le dije que no, que iba solo, y como yo me estaba chupando un dulce, me dijo que le diera un dulce, que tenía mucha sed, yo le di el dulce, y él, en seguida, se metió a un potrero junto con Miguel Ibagué; apenas volvió le vi un revólver que llevaba en la cintura. Yo seguí para arriba por el camino y desde más arriba los vi sentados en el potrero, mirando para abajo, y al ratico, cuando iba más arriba, oí tres disparos como de revólver; yo pensé que sería matando pájaros, y seguí mi camino...' (f. 3 v. del Cdn. 1º).

"Ana María Marín declara que ese mismo día viajaba ella acompañada de su hijo Gildardo Marín, 'y cuando estaba —dice— como a unos quince metros del sitio donde estaban matando a don Abel Sierra, oí tres disparos, yo me asomé hasta una revuelta donde se veían los tipos, y vimos a cuatro tipos y vi cuando Guillermo Castellanos arrancó y le echó mano del pelo al finado, él había caído en la mitad del camino, y le echó mano del pelo y lo arrastró de para abajo, y entonces Jaime Torres y Miguel Ibagué le echaron mano de los pies y lo ayudaron a arrastrar, y en el alambrado estaba Alberto Orozco parado con una escopeta en la mano, y apenas lo arrastraron, cogieron de para arriba Miguel Ibagué y Jaime Torres, y los otros dos cogieron de para abajo; entonces yo me devolví ligero para que no me alcanzaran y bastante arriba nos paramos y nos pusimos a mirar de para abajo, donde estaban los tipos' (f. 4 v., Cdn. 1º).

"Gildardo Marín, ya citado, dice que 'íbamos bajando la falda que al río (sic); yo venía un poquito adelante de mi mamá, cuando oí tres tiros, entonces vi cuando un señor se fue de boca abajo, como en balanza; primero vi cuando puso las rodillas en el suelo y se fue cayendo; quedó con la cabeza para abajo, en todo el camino, y ahí mismo salió Guillermo Castellanos, yo lo conocí, y le echó mano del pelo, lo levantó para arriba, y se le zafaba; entonces ahí mismo brincaron Jaime Torres y Miguel Ibagué y se lo ayudaron a tirar para abajo. Jaime Torres tenía un revólver blanco en la mano, se me pareció mucho a Alberto Orozco'; y termina, anota el *ad quem*, afirmando que al ver esa escena, él y su madre se devolvieron (f. 5, Cdn. 1º).

"Rosa Ibagué, quien hacía vida marital con el occiso Abel Sierra, refiere que el día de los hechos, a eso de la una y media de la tarde, vio pasar por el camino unas mulas, y suponiendo que eran de su madre, dijo Abel que iba a salir para mandar una razón a casa de sus familiares, y así lo hizo. 'Se vino para el camino real y no volvió a la casa, yo lo esperé hasta tarde la noche, pero no regresó, y el lunes como a la una de la tarde fue mi misma mamá, que iba de aquí de Murillo, y me avisó que lo habían matado, que si yo no sabía, yo le dije que no. En vista de eso, mandé un muchachito a la casa de los Sierras a que les avisara'. Manifestó que Abel, al salir, llevaba consigo un revólver calibre treinta y dos largo, con treinta proyectiles, que le había comprado a Guillermo Castellanos en la suma de cuatrocientos cincuenta pesos, y en cuanto a antecedentes del hecho, dijo que Abel había dicho que 'lo que era, mataba a todos mis hermanos, que lo que era acababa con ellos, y que a mi papá, donde lo cogiera, lo ahorcaba; la enemistad entre ellos era porque yo vivía con él, mejor dicho, la pica de él era porque lo habían hecho gastar plata en Villahermosa' (f. 3 del Cdn. 1º).

"Más tarde fue llamada a ampliar su testimonio, y en esa oportunidad dijo que durante el tiempo que hizo vida marital con el occiso, éste la hizo objeto de malos tratamientos; relata cómo una noche, estando aún enferma de parto, Abel la azotó con su machete, le causó varias lesiones en las manos y en otras partes del cuerpo; maltrató, asimismo, a una hermanita de ella; dice que sus padres y sus hermanos la habían aconsejado casarse con Abel o dejarlo, pero no continuar su amancebamiento con él; y cuenta que aunque en distintas ocasiones lo abandonó, con el propósito de separarse de su lado, volvía a buscarlo (f. 167, Cdn. 1º).

"Rubén Ibagué Chacón refiere que su hija Rosa hacía vida marital con el occiso Abel Sierra, quien la había sustraído en fecha no determinada, y que cuando el testigo fue a la casa de los padres de Abel y de éste, en donde se encontraba su hija Rosa, en busca de ésta, 'todos allá se me pusieron bien soberbios, hasta que tuve que venirme y no insistí en traer mi hija'. Da cuenta de que Abel lesionó en alguna ocasión a una hija menor del deponente, asunto que fue llevado ante la autoridad (f. 159 del Cdn. 1º).

"Se le recibió indagatoria a Miguel Ibagué Casas, quien dijo que el día de los hechos permaneció en casa de Víctor Torres, en las horas de la tarde, en compañía de Arcesio y Jaime Torres, hijos de Víctor, y termina negando la imputación que se le hace (f. 102 del Cdn. 1º).

"El 12 de junio de 1958, Ibagué Casas amplió su indagatoria, para hacer la siguiente confesión: 'Abel Sierra vivía con una hermana mía, y nosotros le decíamos a ella que se casara o que lo abandonara, y entonces a él le daba rabia y de

ahí pacá (sic) nos siguió cogiendo odio, y de ahí cortó a otra hermanita de ocho años de edad, que se había quedado allá en la casa para que los acompañara, no sé por qué la cortó, y a Rosa, con la que vivía él, también la cortó, y vinimos y pusimos el denuncio en Murillo, y lo cogieron y lo metieron a la cárcel de Murillo, y de ahí lo remitieron a la cárcel de Villahermosa, y de aquí se voló, y decía que él se había volado con el fin de matarnos a nosotros, y ese domingo, siendo quince de diciembre por la mañana, siendo poco más o menos las siete a ocho de la mañana, me encontré yo con él frente de la casa de la señora Mercedes Orozco, a ver el ganado que no se hubiera metido al maíz, y de ahí me vine para donde don Víctor Torres, y de ahí me fui para abajo, para la casa de 'La Palmera' a cambiarme de ropa, a la casa de mi papá, y luego subí a la casa de don Víctor Torres a escoger una papa, y por ahí por la tarde, más o menos como a las tres de la tarde, nos fuimos con Jaime Torres a ver un ganado a un punto que llama 'La Escuela', ahí contamos el ganado y hacía falta una res, y de ahí salió Jaime al camino, a ver si encontraba rastro de la salida, y se encontró con Jesús A. Maldonado y le preguntó que si no había encontrado por allá abajo una novilla o rastros de la misma, y dizque le contestó que no, y dizque le pidió una colombina, y se la dio y él se fue, siguió camino arriba, y seguimos buscando la novilla, la encontramos por ahí; en seguida nos fuimos camino abajo y entonces encontramos a Abel Sierra, que estaba en el camino, y apenas llegué me dijo: 'Aquí es donde me va a pagar todas las que me debe, gran hijueputa', y sacó el revólver y me hizo un disparo, y en seguida me tocó a mí proceder con mi revólver, y le hice unos disparos; de ahí, apenas lo vi que dio un bote, salí corriendo para la casa de don Víctor Torres, porque me dio miedo...'. En cuanto a su compañero Jaime Torres, dice que no tuvo ninguna participación en ellos, pues que fue simple espectador, y dice que ninguno participó en la muerte de Sierra (f. 102 del Cdn. 1º).

"En diligencia de careo entre el procesado Castellanos y la testigo Ana María Marín, ésta reiteró sus afirmaciones hechas en su declaración anterior, pero ya dijo que el sujeto a quien había visto con la escopeta era parecido a Orozco; dijo que había visto a Ibagué y a Torres seguir el camino hacia donde estaba la testigo, en tanto que Castellanos y el otro sujeto que se le pareció a Alberto Orozco 'no supimos para dónde cogieron, si quedarían ahí o siguieron para abajo', pero más adelante dice que vio a los dos primeros sentarse en el potrero, y 'en seguida este señor (refiriéndose a Castellanos) cogió un revólver y lo alzó así de para arriba'. Repreguntada la testigo por Castellanos, dijo que ella estuvo trabajando por espacio de diez y seis meses en casa de Castellanos, sin que le hubieran pagado sus servicios. Se le preguntó si es cierto que ella era trabajadora de la familia Sierra Cañón, y respondió textualmente: 'Sí, señor; o no he trabajado con ellos, sino que hemos vivido allá como agregados; han sido puntuales en el pago'. Se le interrogó si es verdad que ella, estando al servicio de los Sierras, había rendido a favor de éstos una declaración en un proceso que se les adelantaba, y contestó 'No, señor; no, señor; yo sí a favor de Carlos, nada más'. El procesado Castellanos, de su parte, negó la imputación que le hizo la testigo y argumentó que 'esta es una declaración falsa, porque esta era una guisandera de donde los mismos Sierras, que porque le botan cualquier plata, por eso da un juramento en vano' (f. 44 del Cdn. 1º).

"Se practicó otro careo entre el procesado Castellanos y el menor Gildardo Marín, quien repite sus afirmaciones hechas en su declaración anterior, pero aseverando que cuando Castellanos cogía por los cabellos al occiso, 'en seguida brincó Miguel Ibagué y Jaime Torres, y este señor se paró así y levantó así la mano y levantó un revólver; en seguida salió un tipo y se paró en el alambrado y se puso a mirar para abajo con una carabina, no supimos quién era, muy parecido a Alberto Orozco'. Interrogado por el apoderado de Castellanos sobre si el testigo y su madre habían sido trabajadores de Castellanos, y si éste les debía dinero, respondió: 'Sí, señor; nos comprometieron a pagarle a mi mamá veinte pesos al mes, y que si nos mantenían ellos, nos pagaban quince. A yo me deben siete pesos entre el papá y este señor' (f. 45 del Cdn. 1º).

"En una segunda declaración explicó que el día de los hechos había emprendido viaje desde la casa de Ernesto Cifuentes, situada en el paraje de 'Guayabal', en donde trabajaba, hacia El Líbano, por el camino en donde más adelante presenció la muerte de Abel, pero que en vista de lo sucedido, regresó a la casa de Cifuentes, a donde llegó hacia las cinco y media de la tarde. Preguntada acerca de en qué casa vivía la testigo el día de los hechos, respondió: 'Pues yo vivía ese día en la casa de Ernesto Cifuentes; allí trabajaba haciéndole de comer a unos peones, y esto hacía como dos meses que estaba trabajando allí como guisandera'". Interrogada sobre si sabía qué enemistad podía haber entre el occiso y Castellanos, respondió que éstos eran amigos,

pero agrega: 'Estando yo trabajando en la casa del papá del mismo Guillermo Castellanos, solamente recuerdo que una vez Guillermo me dijo a mí que él lo que era tenía que matar a Abel Sierra en alguna forma, pero no explicó el porqué, ni yo le pregunté tampoco; se me hizo raro, pero no le pregunté el motivo'. Afirma que en la casa de los Castellanos se retiró 'porque el mismo Guillermo me dijo que me fuera de ahí, porque de pronto iban los Torres y me mataban a mí', y explica que esto se lo dijo Guillermo, 'porque los Torres estaban sindicados del robo de un ganado, y entonces, como ahí en la casa de Eleuterio todos ellos eran amigos de los Torres, se contaban entre ellos todo, y así fue que yo me persuadí'; asevera que los Torres le pidieron a ella que no los divulgase en el robo del ganado, pero como ella les dijo que estaba dispuesta a declarar la verdad, éstos se tornaron en enemigos suyos, y por esa causa golpearon en una ocasión a su hijo Gildardo y lo tenían amenazado. A consecuencia de las lesiones que le causaron los Torres a Gildardo y de la denuncia que la testigo formuló en Murillo, dice, 'cogieron preso a Jaime Torres, después pasaron el denuncio a Villahermosa y a Casabianca, allí tuvieron preso a Jaime, y en Casabianca lo largaron'. Vuelve a decir que en el mes de diciembre trabajaba en finca de Ernesto Cifuentes, y 'allí seguí trabajando el resto de diciembre y todo el mes de enero de este año; luego en el mes de febrero siguiente, sin recordar la fecha, me pasé a trabajar donde Pedro Sierra...' (f. 182, Cdn. 1º).

"Pero en declaración rendida el treinta de enero...", dice el *ad quem*, "esto es pocos días después de la muerte de Abel Sierra, Ana María Marín declaró en otro proceso penal, que se seguía contra Carlos Sierra, lo siguiente: 'El ocho de enero estaba yo en la casa de los Sierras; yo hace unos seis meses que estoy trabajando con ellos en varios oficios', o sea que para la época de los hechos la testigo Ana María Marín se encontraba en casa de los Sierras y no en casa de Ernesto Cifuentes, como lo afirmó en este proceso, cuestión que conviene desde ahora subrayar (f. 211 del Cdn. 1º).

"También su hijo Gildardo Marín declaró el mismo treinta de enero de 1958, en el proceso contra Carlos Sierra: 'El ocho de enero yo estaba arrancando papa en la finca de los Sierras, ahí cerquita de la casa; desde las seis de la mañana empecé a arrancar con don Luis García...', aseveración que confirma el hecho de que él y su madre eran en esa época trabajadores de los Sierras, hermanos del occiso (f. 212 del Cdn. 1º).

"Se llamó a declarar al señor Hipólito Cifuentes, quien interrogado acerca de si en su casa ha residido alguna vez la testigo Ana María Marín, respondió: 'No, señor, en absoluto esa señora ha residido en mi casa alguna vez; yo vendí mi finca 'El Portento' situada en la vereda de Guayabal, perteneciente a Villahermosa, hace como dos meses (declaró el 5 de septiembre de 1958), y por los meses de noviembre y diciembre pasados, cuando yo estaba en esa finca, dicha señora no residió en mi casa, en ese lugar; a esa señora la conozco, y estuvo en la finca de los señores Pedro y Carlos Sierra Cañón, finca que colinda con la mía en esa región...; ella asistía donde Carlos Sierra, quien le compró a los Castellanos un lote ahí, lindando con lo mío, por eso la veía pasar de una finca a otra de los Sierras, pues la veía pasar por el pie de mi casa en ese mes, (en diciembre de 1957). Se le interrogó si en la región existe o existía alguna persona que llevara el nombre de Ernesto Cifuentes, y dijo: 'Yo soy el único de apellido Cifuentes que ha vivido en 'Betulia' y 'El Rucio', en ese punto no ha habido más Cifuentes'. Se le interrogó sobre si conocía al nombrado Ernesto Cifuentes, y respondió: 'No, señor, no sé quién sea ese señor, no lo conozco' (f. 189 del Cdn. 1º).

"Se trajeron a los autos los testimonios de Marco Tulio Forero (fs. 47 y 191), Daniel Forero Quiroga (f. 47 del Cdn. 1º), entre otros, quienes afirman que el occiso Abel Sierra padecía de calvicie frontal y que el pelo que le restaba en los parietales era corto y escaso.

"Se allegó igualmente copia de los datos biográficos correspondientes a la cédula de ciudadanía expedida al occiso Abel Sierra Cañón el 13 de octubre de 1955, y en ella constan, como señales visibles, una 'calvicie frontal'. Sobre el particular certifica el registrador del estado civil de Santa Isabel que 'de estos datos y de la fotografía que aparece adherida al respaldo de la tarjeta, se deduce claramente que el señor Abel Sierra Cañón tiene, como principal señal visible, una calvicie frontal' (f. 70 del Cdn. 1º).

"Juana María González (f. 155 del Cdn. 1º), Olegario Martínez (f. 162 del Cdn. 1º), Pedro García Castro (f. 163 v. del Cdn. 1º) y Víctor Torres (f. 166 del Cdn. 1º) afirman que el occiso era temperamentalmente agresivo, belicoso: 'Abel Sierra era peleador, esa es familia que hay que tenerles miedo', dice la primera de las deponentes.

"En el curso de la segunda audiencia se recibieron los testimonios de Pedro Antonio Rodríguez, Marco Tulio Villamil y Guillermo Hernán-

dez, quienes aseveran que el día de la muerte de Abel, permanecieron en casa de Ana María Marín, y por ello se dieron cuenta de que ésta permaneció en ella durante la tarde. Y agregan que aquélla les manifestó que ella no había presenciado la muerte de Abel, pero que por venganza contra Guillermo Castellanos y Jaime Torres iba a declarar contra ellos''.

Ahora bien, el proceso tuvo el siguiente trámite:

a) Mediante providencia de 27 de febrero de 1959 el Juzgado 5º Superior de Ibagué llama a responder en juicio, con intervención del Jurado, a Miguel Ibagué Casas, Guillermo Castellanos Bautista y Jaime Torres, por los delitos de homicidio y robo.

b) Celebrada la audiencia pública, el Jurado dio respuesta afirmativa a los cuestionarios que le fueron propuestos en cuanto al delito de homicidio, pero descartando la asechanza, y admitiendo, con respecto a Ibagué Casas, que cometió el hecho ''en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación''. Sobre la responsabilidad de los sindicados en el delito de robo por el que también fueron llamados a juicio, el Tribunal de Conciencia dio respuesta negativa.

c) El *a quo*, en fallo de 30 de agosto de 1959, condenó a los enjuiciados a la pena principal de quince años de presidio (para Guillermo Castellanos Bautista y Jaime Torres) y a la de cinco años de presidio (para Miguel Ibagué Casas), más las sanciones accesorias pertinentes.

d) El Tribunal Superior de Ibagué, en proveído de 17 de marzo de 1960, declara ''contrario a la realidad procesal el veredicto en cuanto toca con el delito de robo y...'', dispone que ''por el Juzgado se convoque un nuevo Jurado para que defina la situación de los procesados en relación con dicho delito, así como también aplazar el fallo en relación con el homicidio hasta cuando se surta la nueva audiencia''.

e) Verificada la segunda audiencia pública con intervención de un nuevo Jurado, éste afirmó que los procesados no son responsables del delito de robo y, además, que tampoco lo son del delito de homicidio. Los cuestionarios y respuestas son los siguientes:

1º ''¿El acusado Miguel Ibagué Casas es responsable de haberse apoderado, en compañía de otras personas, de un revólver calibre 32 largo, 'cachiblanco', con treinta proyectiles, y de la suma de dinero superior a un mil pesos, de propiedad de Abel Sierra Cañón, hecho ejecutado después de haberle dado muerte a la víctima, en despoblado, en un sitio de la fracción de 'La Betulia', comprensión municipal de Villahermosa, en las horas de la tarde del día 15 de diciembre de 1957? Respuesta: No es responsable. No es responsable de homicidio; obró en legítima defensa''.

2º ''¿El acusado Guillermo Castellanos Bautista es responsable de haberse apoderado, en compañía de otras personas, de un revólver calibre 32 largo, 'cachiblanco', con treinta proyectiles, y de la suma de dinero superior a un mil pesos, de propiedad de Abel Sierra Cañón, hecho ejecutado después de haberle dado muerte a la víctima, en despoblado, en un sitio de la fracción de 'La Betulia', comprensión municipal de Villahermosa, en las horas de la tarde del día 15 de diciembre de 1957? Respuesta: No es responsable. No es responsable del delito de homicidio''.

3º ''¿El acusado Jaime Torres es responsable de haberse apoderado, en compañía de otras personas, de un revólver calibre 32 largo, 'cachiblanco', con treinta proyectiles, y de la suma de dinero superior a un mil pesos, de propiedad de Abel Sierra Cañón, hecho ejecutado después de haberle dado muerte a la víctima, en despoblado, en un sitio de la fracción de 'La Betulia', comprensión municipal de Villahermosa, en las horas de la tarde del día 15 de diciembre de 1957? Respuesta: No es responsable. No es responsable del delito de homicidio''.

Es pertinente transcribir los siguientes párrafos del acta de la audiencia pública:

''Vuelve...'', el Fiscal, ''sobre el veredicto emitido por el Jurado anterior, afirmando la responsabilidad de los procesados por el homicidio, pero dice que hay un hecho fundamental que no puede callar, y es el que surge de las declaraciones de los testigos traídos a la audiencia, según los cuales Ana María Marín no habría presenciado los hechos sobre que declara, y si esto es así, dice, a Castellanos se le ha hecho objeto de la más vil de las vilezas; y frente a ese hecho, dice, es preferible mil responsables en la calle que un inocente en la cárcel, y que se congratularía si la defensa alcanzara a convencer al Jurado de la inocencia del acusado Castellanos, a quien considera víctima de una venganza vituperable, con lo cual da por terminada su intervención''.

El doctor Juan Antonio Velandia, defensor de los procesados Castellanos e Ibagué, dijo, según el acta, lo siguiente: ''luego de dar lectura a la

declaración de Jesús Maldonado, la comentó, haciendo hincapié en que según este testigo, él vio sólo a dos personas momentos antes de oír los disparos: tales personas eran Jaime Torres y Miguel Ibagué. Pasa a continuación a dar lectura a la declaración de Elvia Torres, y pone de presente cómo esta mujer dice no haber visto sino a dos personas en el lugar en donde ocurrió la muerte de Sierra Cañón, y relacionándola con la de Maldonado, advierte que esas dos personas eran los mismos Torres e Ibagué. Pero viene luego, dice, la declaración de Ana María Marín, quien afirma que vio a cuatro hombres participando en la muerte de Sierra, pues señala a Alberto Orozco, Jaime Torres, Miguel Ibagué y Guillermo Castellanos, y más tarde esta testigo estuvo vacilante en cuanto al primero de los nombrados. Da luego lectura a la indagatoria de Ibagué, quien confiesa haber dado muerte a Sierra Cañón, al encontrarse sorpresivamente con éste y verse amenazado por el mismo. Pone de presente cómo Ibagué dice que iba acompañado de Jaime Torres, pero manifestando que éste no tomó participación alguna en la muerte de Sierra. Dice que Ibagué es sincero cuando acepta que dio muerte a Sierra, y que relacionando la confesión de dicho procesado con las declaraciones de Maldonado y la de Torres, se concluye que la única persona que acompañaba a Ibagué, en el momento de darle muerte a Sierra Cañón, era Torres, y que en esas condiciones resalta la mentira de la testigo Ana María Marín, cuando compromete a Guillermo Castellanos. Pasa a enumerar las contradicciones en que dicha testigo incurre consigo misma y con su hijo menor Gildardo Marín... Cita luego el testimonio de Guillermo Hernández, según el cual a Ana María Marín se le pidió por los Sierras que fuese a declarar contra Miguel Ibagué y Jaime Torres, pero que ella, de su propia iniciativa, resolvió comprometer a Castellanos para vengarse de él, por haberle hecho salir de su casa. Da lectura a las declaraciones de Pedro Sierra y Jesús Sierra, y al memorial suscrito por Damiana Cañón, madre del occiso, quienes afirman que están convencidos de la inocencia de Castellanos... refiriéndose al delito de robo, dice que el cadáver estuvo expuesto en el camino desde el domingo, en que se produjo el homicidio, hasta el martes siguiente, cuando se practicó su levantamiento, y que durante ese lapso bien pudieron terceras personas, distintas de los procesados, esculcarlo para sustraerle lo que tenía el occiso... Insiste en la inocencia de los procesados Guillermo Castellanos y Jaime Torres, porque el único responsable del homicidio es Ibagué, de quien dice que ha debido reconocérsele la legítima defensa, porque ésta resulta claramente establecida. Invita al Jurado a pronunciar un fallo sobre toda la integridad del drama procesal, y luego de hacer la apología de la institución y de referirse, en frases conmovidas, a la inocencia de Castellanos, hace al Jurado un vehemente llamamiento para que se pronuncie tanto sobre el robo como sobre el homicidio, y diga que los procesados Jaime Torres y Guillermo Castellanos son inocentes de ambos delitos, y que Miguel Ibagué solamente es responsable de un delito de homicidio, con lo que da por terminada su intervención".

El doctor Germán Torres Barreto, defensor del reo ausente Jaime Torres, dijo, según el acta, que Ana María Marín es "una mujer mentirosa, y pasa a señalar las contradicciones ya anotadas por el otro defensor; dice que se trata de una mujer que no tuvo ningún reato de conciencia para presentarse a declarar contra personas inocentes, con el solo deseo de satisfacer una venganza; alude al testimonio de Jesús Maldonado y dice que éste, apenas, da cuenta de haber visto a Ibagué y a Torres momentos antes de la muerte de Sierra, pero que en cuanto a este hecho nada le consta al testigo. Dice que ni siquiera un indicio se desprende del dicho de éste, y da lectura a algunos pasajes de Dellepiane sobre lo que se entiende por indicio.

"La única prueba que existe en el proceso, dice, es la confesión de Ibagué, a la cual debe dársele toda credibilidad por no estar desvirtuada por ninguna otra prueba digna de crédito. Vuelve a decir que por tal no puede tomarse ni la declaración de Ana María Marín ni la de su hijo Gildardo, quien se limitó a recitar una lección mal aprendida... Termina su intervención pidiendo al Jurado pronunciar un veredicto absolutorio para Jaime Torres y Guillermo Castellanos, y reconocer a Miguel Ibagué la legítima defensa".

f) El Juzgado 5º Superior de Ibagué, mediante auto de 18 de octubre de 1960, "declara contrario a la evidencia de los hechos el veredicto condenatorio proferido en esta causa contra los acusados Guillermo Castellanos Bautista y Jaime Torres, y, en consecuencia, ordena convocar un nuevo jurado para que decida en definitiva sobre la responsabilidad de tales acusados por el delito de homicidio, por el cual se les llamó a juicio, dejando, entre tanto, en suspenso el fallo relativo al procesado Miguel Ibagué Casas y la decisión sobre el delito de robo".

Para esta resolución, el *a quo,* entre otros motivos, señala los siguientes:

"En el caso de autos, el llamamiento a juicio y el veredicto condenatorio primeramente emitido, descansan en los testimonios de Ana María Marín y su hijo Gildardo, quienes, como quedó dicho en los resultandos de esta providencia, afirman haber visto a los procesados dar muerte a Abel Sierra la tarde del 15 de diciembre de 1957, en el camino veredal de 'La Betulia'. Pero, enfrentado el Juzgado ahora al examen de los hechos y las pruebas del proceso, se encuentra con un cúmulo de circunstancias plenamente establecidas en los autos, que destruyen de manera absoluta el valor dispensado a aquellos dos testimonios, y que tornan, por lo tanto, en inquietante problema la decisión acerca de la responsabilidad de los procesados Jaime Torres y Guillermo Castellanos, especialmente la de este último, por cuanto parece del examen de tales hechos y circunstancias, que se le ha querido hacer víctima de infame y vil patraña, por parte de los testigos Ana María y su hijo Gildardo... No hay para qué aludir a la prueba testimonial traída en el curso de la audiencia, por lo extemporánea en cuanto al homicidio se refiere, para llegar a la conclusión cierta e inobjetable de que los testigos Ana María y Gildardo Marín son mentirosos y no merecen, por lo tanto, ningún crédito. Porque de las circunstancias que se dejan expuestas, de cuyo análisis no es posible prescindir en la labor de crítica de los testimonios de aquellos deponentes, surge la demostración plena de que éstos no presenciaron los hechos que afirman. La consecuencia que de esta conclusión se desprende es la de que el Jurado erró de manera palmaria al afirmar la responsabilidad de Torres y Castellanos, especialmente en cuanto a este último, con base en los citados testimonios, única prueba de cargo que contra ellos aparece. Por consiguiente, el veredicto peca de contraevidente en cuánto a dichos procesados se refiere, porque si por evidencia judicial ha de tenerse la comprobación plena de un hecho, esa plena comprobación en el caso a estudio es la de que Ana María y Gildardo Marín mintieron en sus declaraciones, con lo que desaparece el cargo de coparticipación que a aquéllos se les hizo... Colocado el Juzgado, pues, ante la alternativa de acatar el veredicto condenatorio proferido contra los procesados Castellanos y Torres, por no haberse declarado oportunamente su contraevidencia, o desecharlo y declararlo contrario a la realidad de los hechos en virtud del convencimiento a que se llega mediante el análisis de los testimonios de cargo, de que son falaces, encuentra más atinada y más conforme con la razón y la justicia esta última solución que la primera, pues de no procederse así, la verdad objetiva, *desideratum* del juicio criminal, resultaría sacrificada a la simple forma procesal y sustituída por el error o la ignorancia del Jurado. Distinta es la situación del acusado Ibagué Casas, porque si bien es cierto que su participación en los hechos aparece afirmada por los testigos Ana María y Gildardo Marín, cuyos testimonios, según queda dicho, no merecen ningún crédito, no por ello puede decirse que el veredicto que lo declara responsable sea contrario a la evidencia de los hechos, como ocurre con Castellanos y Torres, porque obra la propia confesión suya de haber dado muerte a la víctima. Ahora bien, el segundo Jurado fue convocado expresamente para juzgar a los procesados únicamente en relación con el robo, y a esa sola infracción se concretaban los respectivos cuestionarios. Luego, al hacer extensivo el veredicto a la cuestión del homicidio, el Jurado excedió sus funciones, y por esa razón no le es posible al Juzgado aceptar la absolución relativa al homicidio, contenida en las respuestas dadas por el Jurado al contestar sobre la responsabilidad de los acusados en relación con el delito de robo, respecto del cual la veredicción sí tiene el carácter de definitiva".

g) El Tribunal Superior de Ibagué, al resolver sobre la consulta de la providencia del *a quo,* antes reseñada, la revocó y dispuso que, "por el Juzgado del conocimiento se dicte la respectiva sentencia, atendiendo a los veredictos emitidos por el primero y el segundo Jurado".

Considera el *ad quem* que "en la audiencia pública que tuvo lugar el día 22 de septiembre del año próximo pasado, solamente se juzgaba a los procesados Ibagué Casas, Castellanos Bautista y Torres, por el delito de robo, como lo dispuso este Tribunal en su oportunidad y como a su turno lo entendió el Juzgado mismo, cuando elaboró y presentó a la consideración de los señores miembros del Jurado los cuestionarios del tenor atrás transcrito, y que, se repite, solamente se refieren al delito de robo, y, por consiguiente, lo que este Jurado expresó en relación con el homicidio —delito sobre el cual ya había un fallo, acogido por demás—, es letra muerta, que nada pone ni quita. Y es aquí donde la Sala no entiende, en verdad, el criterio expuesto por el Juzgado, cuando declara la contraevidencia del veredicto emitido por el primer Jurado, llevándose de calle normas procesales, de suyo muy diáfanas, cuando lo que ha debido hacer no era

otra cosa que actuar sobre el propio criterio del Juzgado, ya dado a conocer en la sentencia recurrida y acatar la determinación del Tribunal, expresada en el auto que declaró contrario a la realidad procesal el veredicto en cuanto al delito de robo, única y exclusivamente".

h) Atendiendo a la anterior resolución del *ad quem,* el Juzgado 5º Superior de Ibagué, con fecha 9 de mayo de 1961, profirió sentencia condenatoria contra los procesados Guillermo Castellanos Bautista, Jaime Torres y Miguel Ibagué Casas, por el delito de homicidio cometido en la persona de Abel Sierra Cañón, fundándose en el veredicto del Primer Jurado; y, en el mismo proveído, absolvió a los mismos, con respecto al delito de robo, apoyándose en el veredicto del segundo Jurado.

i) El Tribunal Superior de Ibagué, mediante la sentencia objeto del recurso de casación, confirmó el fallo del *a quo* (proveído de 21 de septiembre de 1961).

Demanda de casación y respuesta del Ministerio Público.

El señor apoderado de Castellanos Bautista, Torres e Ibagué Casas invoca, en la demanda, las siguientes causales de casación:

a) *Causal cuarta:* Por ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad, a saber: 1º "Por haber incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción (art. 198, ord. 8º del C. de. P. P.)", y 2º "Por nulidad constitucional, consistente en no haberse celebrado el juicio con las formas propias del juicio por jurado, en tratándose del pronunciamiento del segundo veredicto (art. 26 de la Constitución)".

b) *Causal tercera:* Por cuanto la sentencia está en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

c) *Causal primera:* En razón de que "la sentencia es violatoria de la ley penal, por indebida aplicación de la misma".

Más adelante la Sala habrá de referirse a los cargos que el impugnante presenta contra el fallo recurrido, en el mismo orden de las causales a que ellos aluden.

Ahora bien, el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, luego de un amplio examen de la demanda, solicita que *no se case* la sentencia acusada, pues ninguno de los cargos que se le hacen resulta demostrado.

La réplica del señor Agente del Ministerio Público habrá de ser tomada en cuenta por la Sala al ocuparse de la demanda de casación presentada por el doctor Agustín Gómez Prada.

Para resolver la Sala considera:

El estudio de los cargos hechos por el demandante a la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de que se ha hecho referencia, debe ser adelantado en el mismo orden de las causales de casación propuestas por el doctor Gómez Prada, a saber:

I. *Causal cuarta de casación.*

Dos cargos señala el demandante, a saber:

a) "Por haber incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción" (art. 198, ord. 8º del C. de P. P.).

Expresa el señor apoderado de los recurrentes que "en este proceso se incurrió en un doble error en la denominación jurídica de la infracción: por haberse dado el nombre de homicidio a un hecho justificado por la ley; y, además, en subsidio, por haberse calificado de homicidio-asesinato, sin estar probada ninguna de las circunstancias del artículo 363 del Código Penal".

En cuanto a estos supuestos errores, dice lo siguiente:

"1º Error por calificación de homicidio a un hecho justificado.

"El homicidio —dice Carrara— es 'la destrucción del hombre injustamente, cometida por otro hombre' para que así no comprenda como simple hecho, a la muerte exenta de toda responsabilidad legal, al homicidio legítimo, por derecho de necesaria defensa de sí o de otro. No, cuando no hay delito y se imputa en el auto de proceder, hay un error esencial que versa sobre las condiciones elementales y estructurales de la imputación misma, sobre el *nomen juris* del hecho considerado como delito.

"Pues bien, aquí no hubo homicidio delictuoso, no hubo delito, pues lo que está probado plenamente es que Abel Sierra Cañón fue muerto por Miguel Ibagué, en legítima defensa de su vida. Y si en el momento procesal de calificar los hechos, está plenamente probado que se actuó en circunstancias de justificación, se incurre en error en denominar delito a lo que no lo es".

Entra después el demandante en un amplio análisis de los elementos de juicio tomados en consideración por el Juzgado 5º Superior de Ibagué para llamar a juicio a los procesados, según

el auto de 27 de febrero de 1959, a fin de arribar a las siguientes conclusiones: "Todas estas circunstancias demuestran que Abel Sierra Cañón recibió la muerte, pero no una muerte injusta, sino una muerte justificada. En el momento de llamar a juicio se denominó delito de homicidio a lo que fue una muerte ocasionada, sí, por otra persona, pero en un caso de justificación del hecho, porque las pruebas que demostraban la 'infracción' no existen, y lo que aparece demostrado es una acción no delictuosa. Parece que es mayor error en la denominación jurídica de la infracción no sólo cambiar el nombre genérico del delito, sino denominar delito a lo que no lo es. Por lo cual pido a la Corte que invalide la sentencia recurrida de que he venido hablando, para que en su lugar anule lo actuado desde el auto de proceder inclusive, y en su lugar ordene devolver el proceso a quien corresponda, por conducto del Tribunal de origen, para que se dicte sobreseimiento definitivo, porque el hecho que dio lugar a la investigación no es constitutivo de delito" (art. 437 del C. de P. P.).

Observa, además, que la imputación de los hechos a los procesados Guillermo Castellanos y Jaime Torres la apoyó el *a quo,* al proferir auto de proceder en su contra, en "los testimonios de los testigos presenciales del delito, Ana María Marín y su hijo Gildardo Marín, junto con lo declarado por Jesús Maldonado Ortiz" (lo transcrito es de la providencia del Juzgado 5º Superior de Ibagué), testigos de los cuales dice: a) "Las declaraciones de Ana María Marín y de Gildardo Marín son falsas", y b) "La declaración de Jesús Maldonado Ortiz nada contiene de incriminatorio contra los acusados; desmiente las de Ana María Marín y su hijo Gildardo, que son las únicas de cargo".

Réplica del Ministerio Público:

Expresa el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal que "el fundamento de lo argüido al respecto tiende a comprobar un error de apreciación o interpretación de la prueba o de los hechos que no es materia de la causal cuarta de casación; que no puede enfocarse o estudiarse bajo el punto de vista de nulidad (que es jurídico y abstracto), por ser la cuestión, pertinente no más que con la causal segunda de casación que, en procesos sometidos a la jurisdicción del Jurado de conciencia, no tiene cabida, a menos que se trate de circunstancias que hayan influído en la dosificación de la sanción".

Más adelante anota el señor Agente del Ministerio Público que "para fundar su acusación...", el demandante, "analiza a su manera y según los fines que se propone, aquello que, en su entender, constituye la única y total prueba que obra en autos, la única determinante del criterio y convencimiento del Juez de conciencia. Esa prueba corresponde a la tardía confesión de Ibagué Casas y a las declaraciones de Ana María Marín y de su hijo Gildardo. A éstas las califica de falsas y a aquélla como demostrativa de un caso de legítima defensa, exculpatoria no sólo del confesante sino de su compañero Torres, y aún más de Castellanos, así como también del cuarto sindicado, Orozco, favorecido con un sobreseimiento temporal. Pero al criticar las citadas declaraciones no hace otra cosa que repetir todos y cada uno de los cargos hechos a las mismas durante el curso del proceso, y durante el mismo rebatidos y desvirtuados, como puede verse a los folios 66, 71, 118, 120, 200, 214, 222 y 226 del cuaderno primero, así como del relato de las audiencias efectuadas ante ambos Jurados, del memorial del folio 50 del cuaderno número segundo, de los conceptos fiscales, especialmente el del folio 59 del mismo cuaderno segundo, y, finalmente, de los diversos fallos que se citaron al verificar la relación de hechos, siendo de advertir, además, que entra a analizar presuntas pruebas relativas, especialmente, al homicidio, traídas o efectuadas irregularmente después de haberse *cerrado definitivamente,* en cuanto a este ilícito, el trámite del proceso, en virtud de la sentencia que confirmó la condena respectiva pronunciada en primera instancia, bajo el fallo del primer Jurado, tales como el desistimiento de la parte civil en relación con Castellanos, la del ex presidiario Guillermo Hernández, etc.

"Y para poner de presente que su patrocinado Ibagué Casas obró en legítima defensa, el señor demandante revive lo alegado sobre el particular en las instancias. En efecto, trata de la 'confesión' emitida por dicho procesado, asegurando que ella está confirmada debidamente en la investigación, lo cual no es cierto en manera alguna, sino que por el contrario, diversas circunstancias hacen ver la falta de fundamento de tal confesión. Así, tenemos, por ejemplo, para citar algo que no fue observado en el proceso, que Ibagué Casas dice que disparó con revólver contra Sierra Cañón, que le disparó de frente, que salió huyendo. Pues bien, todo esto esta perfectamente desvirtuado por la diligencia de levantamiento del cadáver, ya que del acta de ésta resulta que el cadáver ofrecía diversas heridas en su costado izquierdo y en la espalda, varias de ellas indudablemente inferidas con escopeta.

Además, está probado también el desplazamiento de que fue objeto el cadáver hasta el sitio a donde fue encontrado. Es, asimismo, notable el hecho de que Torres, quien no fue capturado, pretendió antes de la 'confesión' demostrar una coartada, la cual indudablemente se habría basado en testimonios falsos, ya que está demostrado que todos los cuatro sindicados estuvieron juntos el día de los hechos, lo que refuerza la declaración de los Marín".

Estimación de la Sala.

Comparte la Sala las anteriores consideraciones del Ministerio Público, y agrega lo siguiente:

1. El artículo 429 del Código de Procedimiento Penal señala que el Juez dictará auto de proceder "cuando en el proceso aparezca plenamente comprobado el cuerpo del delito y resultare, por lo menos, una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad conforme a las reglas de la crítica del testimonio o graves indicios de que el procesado es responsable penalmente, como autor o partícipe, del hecho que se investiga".

Asimismo, en el artículo 431 de la misma obra se dice que la parte motiva del auto de proceder debe hacerse, entre otras cosas, "el análisis de las pruebas que demuestren el *cuerpo del delito* y de las en que se funde la *imputación* al procesado". (Subraya la Sala).

No se exige, pues, que aparezca plenamente demostrada la imputación del hecho al sindicado, para que se le llame a juicio. Mucho menos que esté comprobada con plenitud su responsabilidad penal. La plena prueba de que tratan los artículos 429 y 431 del Código de Procedimiento Penal alude, únicamente, al "cuerpo del delito", esto es, a las condiciones que, en cada caso, tipifican como infracción punible un hecho; o, como lo indica el artículo 272 de la misma obra, "los elementos constitutivos del delito señalados en la respectiva disposición penal".

2. De acuerdo con el artículo 362 del Código Penal, el homicidio voluntario ocurre cuando alguien, "con el propósito de matar ocasione la muerte a otro".

No se menciona en esta definición legal, como no lo hacen las legislaciones penales modernas respecto de cualquier delito, la ilegitimidad o la antijuridicidad de la conducta, pues estos conceptos hacen relación con una exigencia genérica de toda infracción punible y no con el *cuerpo del delito* o tipicidad de la conducta delictuosa.

De ahí que los Códigos, al ocuparse del delito de homicidio, no sigan la definición de Carrara, mencionada por el demandante, en la cual se alude a la ilegitimidad de la conducta.

3. Los eventos que justifican el hecho, entre los cuales se encuentra la legítima defensa (ord. 2º del art. 25 del Código Penal), no atañen, pues, a la noción de *cuerpo del delito*, esto es, a la *tipicidad* del comportamiento punible, sino a la condición genérica de toda infracción penal: que el hecho sea antijurídico.

4. Demostradas en un proceso las condiciones que tipifican un delito, vale decir, comprobadas plenamente las condiciones específicas que configuran el cuerpo de esa infracción penal, y señalado su autor, con ese mínimo de prueba de la imputabilidad a que se refiere el artículo 429 del Código de Procedimiento Penal ("una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad conforme a las reglas de la crítica del testimonio o graves indicios de que el procesado es responsable penalmente"), debe proferirse el auto de proceder.

La mera alegación del sindicado de haber cometido el hecho dentro de alguna de las condiciones que justifican su conducta, como por caso la defensa legítima, no impide que sea llamado a juicio.

De una parte, porque la antijuridicidad de la conducta, como condición genérica de todo delito, no hace parte, como se dijo, del cuerpo de la infracción penal; y, de otra, porque sólo "cuando resulte plenamente demostrado que el hecho se realizó en alguno de los casos enumerados en los artículos 23 y 25 del Código Penal" (art. 437, ord. 3º del C. de P. P.), que se refieren a las causas de inculpabilidad y de justificación del hecho, respectivamente, corresponde prescindir del llamamiento a juicio para proferir, en favor del sindicado, sobreseimiento definitivo.

5. El Juzgado 5º Superior de Ibagué, al proferir el auto de proceder contra los recurrentes, consideró, de una parte, divisible la confesión del sindicado Ibagué Casas, por cuanto en ese estado del informativo encontró otros elementos de convicción que desvirtuaban la defensa legítima por él alegada. Y con apoyo en los testimonios de Ana María Marín, Gildardo Marín y Jesús Maldonado Ortiz, señaló la imputabilidad de los hechos averiguados en los recurrentes Castellanos y Torres.

6. Por último, la causal segunda de casación, mediante la cual procede el ataque a la sentencia "por errada interpretación o apreciación de los hechos", no es pertinente en los juicios en que

interviene el Jurado, así ocurra, como lo hace el demandante en este caso, que, sin mencionarla, proponga un nuevo debate sobre la prueba y dirija la impugnación, no al fallo recurrido, sino al auto de proceder.

En efecto, lo que plantea el señor apoderado de los recurrentes, no es el caso de nulidad en los procesos penales señalado en el ordinal 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, que alude al "error relativo a la denominación jurídica de la infracción", en el cual no incurrió el *a quo* al llamar a juicio a los procesados por el delito de homicidio, sino la supuesta falta de prueba de la imputabilidad de los enjuiciados Castellanos y Torres, y el debatido desconocimiento de la causal de justificación del hecho (legítima defensa) alegada por el sindicado Ibagué Casas, que el Juzgado 5º Superior de Ibagué no encontró plenamente acreditada, todo lo cual, como correspondía en este negocio, se dejó como materia del juicio y, naturalmente, a la decisión de los Jueces de Conciencia.

"2º En subsidio, error por calificar de homicidio-asesinato, a un hecho que, dándolo por probado, en una hipótesis que creo inadmisible, sería un simple homicidio".

Dice el demandante, al referirse a este segundo cargo, presentado con invocación de la causal cuarta de casación, que el Juzgado "confunde la *asechanza* con la *acechanza:* asechar es poner asechanzas, o sea, emplear engaños o artificios contra la víctima; acechar es observar, vigilar cautelosamente, a escondidas, cuando se mata esperando a la víctima escondidos los victimarios, lo cual constituye alevosía, que es traición, perfidia, o como dice el vulgo, matar 'a traición y sobreseguro' ".

Y después de una crítica a las pruebas tomadas en consideración por el *a quo* para señalar, en la parte motiva del auto de proceder, que "basta..." para decir que en el delito de homicidio "existió, a no dudarlo, la indefensión e inferioridad de la víctima en momento del asalto" ...la "superioridad numérica de los asaltantes, la asechanza con que obraron esperando a su víctima en una emboscada...", dice el impugnante que "no es cierto que estuviera nadie en emboscada", y que "no debe olvidarse que el cuerpo del delito debe aparecer 'plenamente comprobado', o sea, la infracción con todos sus elementos" (art. 429 del C. de P. P.).

"La circunstancia de la alevosía o asechanza...", agrega, "debía aparecer plenamente probada para poder llamar a juicio por ella, así se dedujera en la parte motiva. Así, pues, como no está probada ninguna de las dos circunstancias que pusieron a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, procede, en subsidio, repito, la declaración de nulidad desde el auto de proceder, previa invalidación de la sentencia, para que se reponga el procedimiento" (art. 570, ord. b) del C. de P. P.).

Réplica del Ministerio Público.

Expresa el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, con respecto a este cargo, lo que pasa a transcribirse:

"De otro lado, el señor demandante plantea una discusión sobre los términos 'asechanza' y acechanza', ambos usados indistintamente en el curso del proceso, tanto por los defensores como por los Agentes del Ministerio Público y los falladores. Al respecto dice que el término 'asechanza', rechazado por el primer Jurado que decidió sobre la responsabilidad en el homicidio, fue confundido por el fallador con el término 'acechanza', que tiene una significación diferente, según la definición etimológica de esos dos vocablos, los cuales cita.

"Pero semejante sutileza en el argüir carece de entidad si se indaga en el Diccionario oficial de la Real Academia Española de la Lengua por el significado de dichas palabras y de la afín 'emboscada', que emplea la sentencia y critica el recurrente:

'*Acechanza,* f., acecho, espionaje, persecución cautelosa'.

'*Acechar* (De a, 2º art., y el lat. sectare, seguir, perseguir), tr. Observar, aguardar cautelosamente con algún propósito'.

'*Asechanza* (De asechar), f. Engaño o artificio para hacer daño a otro. U. m. en pl.'.

'*Asechar* (Del lat. assectari, ir al alcance de uno; de ad, a, sectari, seguir), tr. Poner o armar asechanzas, 2, ant. *Acechar'.*

'*Emboscar* (de en y bosque. tr. Mil. Poner encubierta una partida de gente para una operación militar. U.t.c.r. = 2, r. Entrarse u ocultarse entre el ramaje = 2, fig. Escudarse en una ocupación cómoda para mantenerse alejado del cumplimiento de otra'.

'*Emboscada* (de emboscar). f. Ocultamiento de una o varias personas en parte retirada para atacar por sorpresa a otra u otras. Dícese más comúnmente de la guerra. = 2 fig. *asechanza,* maquinación en daño de alguno'.

"De modo...", continúa el señor Agente del Ministerio Público, "que en la criticada frase de la sentencia acusada: 'la asechanza con que obraron esperando a su víctima en una emboscada', no se evidencia ni siquiera un error de ortografía, como tampoco el uso de una palabra en su significado antiguo, que aún perdura, sino la apreciación de que a la víctima se le armó cautelosamente una emboscada, artificio a virtud del cual pudo ser atacada sorpresivamente y herida en la forma que ya se ha dejado anotada, es decir, por la espalda, ocurriendo también que al voltearse hacia donde se le disparó, fue lesionada por el lado izquierdo, lo cual no comprendió o no entendió el Jurado al emitir su veredicto".

Estimación de la Sala.

A las anteriores observaciones del señor Agente del Ministerio Público, que la Sala comparte, y a lo que se dejó dicho al examinar el cargo anterior, cabe agregar solamente que el ordinal 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, se refiere únicamente al "error relativo a la denominación jurídica de la infracción, o la época o lugar en que se cometió, o al nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido". Por tanto, aun en el supuesto de que el *a quo* se hubiera equivocado en la determinación de circunstancias específicas del delito, modificadoras de la pena, ello no constituye el caso de nulidad que trae la disposición citada, y en la cual apoya el impugnante este nuevo cargo, con citación de la causal cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

La Corte, en sentencia de 29 de septiembre de 1947, dice lo siguiente: "De otro lado, el artículo 431 del Código de Procedimiento Penal no exige que en la parte resolutiva del auto de proceder se expresen circunstancias que sirvan para precisar el hecho con todos sus detalles de lugar, tiempo y modo; ni las personas con todas sus determinaciones de nombre, edad, ocupación, sexo, domicilio, etc.; ni mucho menos las que sirvan para fijar la especie a que pertenezca el delito. Todas esas circunstancias deben expresarse en la parte motiva, pues la resolutiva, que no es sino la 'conclusión de las premisas sentadas en la parte motiva', como lo dice el artículo 431, no debe contener sino el llamamiento a juicio por el delito que corresponda, determinado con la denominación que le dé el Código Penal, y nada más". *(G. J.,* t. LXII, p. 453).

Las circunstancias que modifican la penalidad del homicidio, previstas en el artículo 363 del Código Penal, no hacen parte de la denominación jurídica de la infracción y, por ello, se mencionan en la parte motiva del auto de proceder. El debate sobre ellas corresponde al juicio. Y si éste se celebra con la intervención del Jurado, es a éste a quien compete afirmar o negar su existencia.

b) Dice el impugnante que "la sentencia es violatoria de la ley penal, por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad (ord. 4º del art. 567 del C. de P. P.). Invoco esta causal en subsidio de la anterior".

Agrega que "esta es una nulidad constitucional, consistente en no haberse celebrado el juicio con sus formas propias del Jurado, en tratándose del pronunciamiento del segundo veredicto".

Como demostración de este tercer cargo, propuesto con invocación de la causal cuarta de casación, el demandante dice lo que pasa a transcribirse:

"Ya se dijo que el Tribunal, en auto de 17 de marzo de 1960, declaró 'contrario a la realidad procesal el veredicto en cuanto toca con el delito de robo', y aplazar 'el fallo en relación con el homicidio hasta cuando se surta la nueva audiencia'.

"El Jurado contestó para Miguel Ibagué: 'No es responsable. No es responsable de homicidio, obró en legítima defensa'.

"Y para Jaime Torres y Guillermo Castellanos: 'No es responsable. No es responsable del delito de homicidio'.

"Ante semejante respuesta, que no sólo contestó sobre robo, sino también sobre el homicidio, el Juzgado declaró contrario a la evidencia el primer veredicto en cuanto al homicidio, porque eran las 'pruebas inexistentes, o falsas o indignas de crédito'.

"Pero el Tribunal le ordenó al Juzgado dictar sentencia en concordancia con los dos veredictos, acogiendo el primero en cuanto los declaraba responsables a los acusados por el homicidio, pero los absolvía con respecto del robo, y acogiendo el segundo en cuanto los absolvía con respecto del robo.

"Curiosa sentencia, que se dicta de acuerdo con dos veredictos y no con uno solo. Más cuerdamente obró el segundo Jurado, que resolvió sobre la responsabilidad por todos los hechos y no sobre una parte de los mismos.

'En los juicios cuya competencia concierne a los Jueces Superiores —dice el art. 480 del C. de

P. P.— la audiencia pública, salvo disposición en contrario, se hará con la intervención del Jurado, y la sentencia se hará de acuerdo con la calificación que éste dé *a los hechos'*.

''Y hay que preguntarle al Jurado si el acusado 'es responsable de *los hechos'* (aquí se determinará el hecho o hechos materia de la causa conforme al auto de proceder, determinando las circunstancias que lo constituyen, sin darles denominación jurídica), dice el art. 28 de la Ley 4ª de 1943.

'Si de autos aparece que el veredicto es claramente contrario a la evidencia de *los hechos,* así lo declarará el Juez y consultará su decisión con el Tribunal Superior' (art. 537 del C. de P. P.).

''El veredicto es un fallo que constituye una pieza única...'' continúa el demandante, ''y no se puede preguntar en fracciones en diversos jurados sobre los hechos, así diga el artículo 502 que se hará una pregunta para cada delito, 'como si se tratare de acusados distintos', y que para cada acusado deben formularse cuestionarios distintos.

''En la parte motiva del auto que declare la contraevidencia de los hechos debe explicarse que es lo contraevidente. Pero en la resolutiva sólo se puede declarar que el veredicto, todo el veredicto, es contrario a la evidencia, porque habría varias decisiones de responsabilidad, y la ley sólo contempla el caso de un solo veredicto para juzgar los hechos que se juzgan en el mismo proceso.

''Hizo bien, pues, el segundo Jurado, que contestó sobre los hechos, respecto de los dos delitos por los cuales se dictó auto de proceder. Pero hizo mal el Tribunal al ordenar convocar un nuevo Jurado para decidir sobre la responsabilidad de un solo delito y no de todos los hechos.

''La ley habla de que se le pregunta al Jurado sobre 'los hechos'; que la sentencia se dicta de acuerdo con la calificación que el Jurado dé a 'los hechos', o sea a todos los hechos; la contraevidencia se predica de todo el veredicto, así se explique en la parte motiva en qué parte no es admisible; el segundo veredicto del Jurado es definitivo; la causal tercera de casación habla de desacuerdo de la sentencia 'con el veredicto del Jurado' y no con los diversos veredictos en que ha podido fraccionarse el fallo del Tribunal Popular; y la causal séptima de casación habla de haberse dictado la sentencia 'sobre un veredicto contradictorio', y no sobre varios posibles veredictos que se hallen en contradicción.

''Considero que el error del Tribunal debe subsanarse por medio de la nulidad, reuniendo un nuevo Jurado, al cual se le pregunte sobre todos los hechos, en la forma prevista por el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, pues si es motivo de nulidad el error en cuanto a la denominación jurídica de la infracción, si lo era el no notificar debidamente los cuestionarios que se habrían de proponer, si lo son las irregularidades en los sorteos de los miembros del Jurado, *a fortiori* debe ser nulo lo actuado en una forma tan irregular.

''Y el procedimiento debe retrotraerse hasta la providencia de 17 de marzo de 1960, dictada por el Tribunal, para que se ordene convocar un nuevo Jurado que conteste sobre todos los hechos, como lo pido atentamente a la Corte.

''En subsidio, pido que se invalide la sentencia y se retrotraiga el procedimiento hasta el segundo veredicto, que aun defectuoso en su forma, la pregunta versa sobre todos los hechos, y la respuesta también (folios 101, 102 y 103 del C. 2º), pues a todos y a cada uno se les pregunta sobre el robo, 'hecho ejecutado después de haberle dado muerte a la víctima, en despoblado, en un sitio de la fracción de 'La Betulia', etc. Esto, con el objeto de que se pronuncie sentencia de acuerdo con dicho veredicto''.

Réplica del Ministerio Público.

Expone el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal lo siguiente:

''El veredicto es indivisible con respecto a cada infracción, y en el caso de que él se refiera a varias, bien puede suceder que una de las infracciones esté prescrita, o que su autor sea digno de que se le exima de responsabilidad. Se impone, pues, la formulación de preguntas separadas para cada delito, y en alguno de los supuestos o hipótesis previstas por el artículo 29 del Código Penal, se hace preciso otro cuestionario especial al tenor del artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, sustitutivo del artículo 498 del Código de Procedimiento Penal.

''Lo que sí no está permitido al Jurado es contestar o tratar temas o puntos que no se hayan sometido a su decisión, como ocurrió en el presente proceso con el segundo Jurado.

''No hay, pues, base para considerar atendible la petición de que se 'reúna un nuevo Jurado al cual se le pregunte sobre todos los hechos, en la forma prevista en el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943', o de que 'se invalide la sentencia y se retrotraiga el procedimiento hasta el segundo ve-

redicto, que aun defectuoso en su forma, la pregunta versa sobre todos los hechos, y la respuesta también, pues a todos y cada uno se les pregunta sobre el robo..., esto con el objeto de que se pronuncie sentencia de acuerdo con dicho veredicto'.

"Lo anteriormente dicho es suficiente para demostrar que esta causal cuarta de casación, por ninguno de los cargos que bajo su amparo se hacen a la sentencia, es atendible o puede prosperar, debiendo, pues, desecharse".

Estimación de la Sala.

Comparte la Sala los anteriores razonamientos del señor Agente del Ministerio Público, a los cuales corresponde sólo agregar lo siguiente:

1. El artículo 502 del Código de Procedimiento Penal señala que "cuando sean varios los delitos por los cuales se hubiere llamado a juicio a un mismo procesado, se formularán separadamente los cuestionarios sobre cada uno de aquéllos, como si se tratare de acusados distintos. Cuando el delito sea el mismo y varios los sindicados, también se propondrán separadamente los cuestionarios respecto de cada uno de ellos".

Con este precepto, el legislador buscó una mayor amplitud para los Jueces de Conciencia, al definir sobre la responsabilidad del procesado por varios delitos, o de los varios procesados por un solo delito. Al mismo tiempo, permite que el veredicto del Jurado, de acuerdo con los distintos cuestionarios, pueda —cuando así corresponda— ser declarado contraevidente en cuanto alguno de los distintos cargos formulados en el auto de proceder, caso en el cual la decisión de los Jueces de Conciencia, en relación con los demás, no puede ser objeto de nuevo juzgamiento, pues la contraevidencia no cabe ser extendida a lo que no es contraevidente.

La respuesta a uno de los cuestionarios propuestos al Jurado, declarada contraevidente por el juzgador en derecho, no puede afectar el veredicto no contraevidente, dado por los Jueces de Conciencia respecto de otro u otros cargos hechos al procesado o procesados.

2. Cuando en el artículo 537 del Código de Procedimiento Penal se habla de veredicto "contrario a la evidencia de *los hechos*...", se alude a los que, reunidos, configuran un cargo, esto es, a las condiciones que, según la ley penal, integran el delito porque fue llamado a juicio el sindicado.

Igual cosa debe entenderse cuando la Ley 4ª de 1943, en sus artículo 28 y 29, se refiere a *"los hechos"* o al *"hecho"*.

3. La Corte, en fallo de 23 de marzo de 1942 (*G. J.* No. 1979, p. 491), dice que "si a un reo se le juzga por dos delitos en el mismo proceso, y el Juez declara injusto el veredicto referente a uno de los dos cargos, no puede dictarse sentencia condenatoria por el otro, sino que debe mantenerse en suspenso la condenación mientras se reúne el nuevo Jurado, porque dentro del sistema de acumulación jurídica de las penas establecidas en el nuevo Código no pueden dislocarse los procedimientos ni hacerse fallos separados para un mismo reo, cuando se le juzga por concurso de delitos, ya sea real, ya sea meramente formal, puesto que en tales casos no se imponen varias penas principales sino una sola, aunque agravada. La sentencia condenatoria por uno de los delitos en concurso, dejando pendiente el otro, adolece de aplicación indebida —por prematura— de la ley penal".

De lo antes examinado, se desprende que los cargos propuestos contra la sentencia recurrida, con invocación de la causal cuarta de casación, no resultan demostrados.

II. *Causal tercera de casación.*

Dice el demandante que invoca esta causal en subsidio de la anterior y "para el caso de que deban acogerse los dos veredictos", pues "la sentencia no guarda consonancia con el veredicto del Jurado, pues en cuanto al homicidio contestó, respecto de los tres acusados: 'Sí es responsable, sin asechanza'. O sea, sin engaño, sin usar de artificios o engaños para matar a Sierra Cañón a traición y sobreseguro, porque el Juzgado confunde indudablemente la *acechanza,* observar, mirar con cautela, con la *asechanza,* usar artificios o engaños para matar. Lo único que quiso responder el Jurado es que no hubo emboscada, y lo único que quiso preguntar el Juzgado al Jurado es si había habido condiciones de indefensión o inferioridad por la emboscada, que llama *asechanza.*

"Las preguntas al Jurado dicen si cada uno es responsable de haber dado muerte a Sierra con la intención de matar, 'con *asechanza* y aprovechándose de las condiciones de inferioridad e indefensión en que se encontraba la víctima'. Y el Código sólo contempla una situación que constituye asesinato, que es el aprovecharse de 'cualquier circunstancia que ponga a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad', que

pueden ser la insidia, la asechanza, la alevosía o traición, el envenenamiento. Y en las audiencias se advirtió claramente que Sierra 'portaba un revólver'; como Miguel Ibagué disparó en legítima defensa, etc.

"Dicho de otro modo, si, como parece, el Juzgado confundió la *acechanza* con la *asechanza,* y el Jurado, en consecuencia, tuvo que traducir la pregunta a su acomodo intelectual, la respuesta sólo quiso decir que cada uno de los acusados no se 'aprovechó de las condiciones de indefensión o inferioridad de la víctima', que es lo que constituye el todo de la causal de agravación del homicidio para convertirlo en asesinato.

"Y es que si la mejor pauta para interpretar un veredicto es el acta de audiencia que lo precede, no se puede menos que concluír que el Jurado quiso darle, en su primer veredicto, el sentido de homicidio simplemente voluntario, y no el de homicidio con la calificación de asesinato.

"Y por ello pido a la Corte que invalide la sentencia recurrida y dicte el fallo que deba reemplazarla, de acuerdo con el veredicto del Jurado" (art. 570, ordinal a).

Réplica del Ministerio Público.

Dice el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal que "descartada la asechanza, la cual como circunstancia no era la única constitutiva del homicidio agravado, como se dice en la sentencia recurrida, obraron las restantes para la calificación del homicidio, en el grado de asesinato.

"Carece, pues, de fundamento la interpretación que en la demanda se hace de la respuesta del Jurado, en el sentido de que éste 'quiso darle a su primer veredicto el sentido de homicidio simplemente voluntario, y no el de homicidio con la calificación de asesinato'. Es, por tanto, el caso de considerar improcedente la causal tercera de casación".

Estimación de la Sala.

En cuanto al cargo formulado con invocación de la causal tercera de casación cabe tener en cuenta:

1. En el auto de proceder se dice lo que pasa a transcribirse: "En el delito de homicidio existió, a no dudarlo, la indefensión e inferioridad de la víctima en los momentos del asalto. Baste para ello la superioridad numérica de los atacantes, la asechanza con que obraron esperando a su víctima en una emboscada, revelando cobardía y perversidad, sin riesgo alguno para los delincuentes, modalidades que elevan a la categoría de asesinato el homicidio perpetrado" (numeral 5 del art. 363 del C. P.).

Así, pues, el *a quo,* al señalar en la parte motiva del auto de enjuiciamiento las modalidades específicas del delito de homicidio, se refirió única y concretamente al ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal, que dice: "Con cualquier circunstancia que ponga a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, como la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenenamiento".

2. Pero en los cuestionarios propuestos al Jurado se dice: "¿El acusado... es responsable de haber ocasionado la muerte de Abel Sierra Cañón..., hecho ejecutado con intención de matar, con asechanza y aprovechándose de las condiciones de inferioridad e indefensión en que se encontraba la víctima...?".

Esto es, que en cuanto a las modalidades que de acuerdo con lo señalado en el ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal agravan el homicidio, sólo se preguntó a los Jueces de Conciencia por la *asechanza,* pues el aprovechamiento de las condiciones de indefensión e inferioridad en que se encuentre la víctima escapa a lo previsto en el citado ordinal, pues ello concierne a lo que señala el punto 6º del mismo artículo.

En efecto, las situaciones a que se refiere el ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal son calculadas, en orden a determinar su conducta, por el agente del delito, a diferencia de las que contempla el ordinal 6º, en las que sólo hay abuso de las "condiciones de inferioridad personal del ofendido".

En su *"Derecho penal colombiano"* (Editorial Universidad de Medellín, 1953), dice el doctor Gustavo Rendón Gaviria que "las circunstancias a que hemos venido refiriéndonos al estudiar el ordinal 5º del artículo 363, requieren, para que puedan ellas calificar el delito de homicidio, que determinen la indefensión de la víctima o el aprovechamiento de su inferioridad, como resultado de una 'actividad preordenada o artificiosa del agente'; se requiere también, en el caso de la indefensión que se trate de un estado que el delincuente provoca o aprovecha de manera insidiosa o aleve, pues el solo hecho de que sea difícil o imposible para la víctima repeler una agresión homicida, no da lugar a la calificación.

"Hay que distinguir, para una correcta valoración de las circunstancias que pueden calificar

el homicidio en los casos de esta disposición, que la inferioridad personal es cosa distinta de la indefensión, y que el primer estado referido depende de la actividad del agente, quien lo provoca por medios artificiosos. Esto porque la inferioridad personal que resulta de condiciones ya existentes en la víctima, como una enfermedad, es circunstancia contemplada en otro aparte del artículo 363.

"Las circunstancias de calificación deben ser definidas de manera concreta, porque no es propio en los delitos de homicidio hablar de la indefensión de la víctima en un sentido general, mientras no se atribuya esa indefensión a un determinado factor operante, como la alevosía, la insidia o la asechanza, porque la calificación del delito surge por la adopción o aprovechamiento de medios desleales que facilitan la comisión del homicidio y eliminan los riesgos para el delincuente. En otras palabras, la menor facilidad de defensa o la ausencia total de recursos para repeler la agresión deben ser efecto de los artificios puestos en juego por el homicida, o criminalmente aprovechados, hasta el punto de contar con ellos para el éxito del cometido delictuoso" (p. 37 a 38).

Y más adelante expresa lo siguiente: "La segunda circunstancia ocurre cuando el homicidio se comete abusando de las condiciones personales del ofendido. Aunque formalmente equivale al caso contemplado en el ordinal 5º, se diferencia de éste en que aquí la inferioridad personal no ha sido provocada y corresponde a un estado permanente o transitorio de la víctima, como sería por ejemplo la inferioridad resultante de una parálisis de la infancia, etc." (p. 39).

Asimismo la Corte, en sentencia de 7 de febrero de 1955 (*G. J.*, t. LXXIX, p. 581), dice que "los términos 'insidia' y 'asechanza' que allí se emplean..." (alude al ordinal 5º del art. 363 del C. P.), "parece más propio aplicarlos a aquellos casos en que el ocultamiento moral o físico ha sido creado o procurado por el delincuente para reducir a la víctima a un estado de impotencia o inducirla a entregarse confiadamente en manos del enemigo".

Así, pues, mediante la asechanza, el delincuente pone a la víctima en incapacidad de defenderse. En cambio, en el abuso "de las condiciones de inferioridad personal del ofendido", el agente sólo se aprovecha de ellas, sin crearlas.

Pues bien, a ningún aprovechamiento de "las condiciones de inferioridad e indefensión en que se encontraba la víctima..." (como se dice en el cuestionario propuesto al primer Jurado), "como correspondientes al contenido del ordinal 6º del artículo 363 del Código Penal, se refirió el *a quo* en el auto de proceder. Vale decir: el abuso de las condiciones de inferioridad personal del ofendido, como situación ajena a la actividad de los procesados, no fue planteado en el auto de vocación a juicio. Por tanto, la pregunta hecha a los Jueces de Conciencia únicamente podía, lógicamente, concretarse a las modalidades contempladas en el ordinal 5º del artículo 363, que fue el citado por el *a quo*, al ocuparse de las circunstancias específicas de agravación del delito de homicidio. La "superioridad numérica de los atacantes", mencionada en el auto de vocación a juicio, no fue puesta en consideración del Jurado. En consecuencia, al responder los Jueces de hecho que los enjuiciados sí son responsables, pero "sin asechanza", cubrieron lo que, en cuanto a las condiciones señaladas en el ordinal 5º del artículo 363, les fue preguntado.

Se repite que el "aprovechamiento de las condiciones de inferioridad e indefensión en que se encontraba la víctima" (mencionado en el cuestionario), como una eventualidad claramente señalada en el ordinal 6º del artículo 363 del Código Penal, no fue indicada en el auto de proceder. Por tanto, al preguntarse al Jurado si "el acusado... es responsable de haber ocasionado la muerte... con asechanza y aprovechándose de las condiciones de inferioridad e indefensión en que se encontraba la víctima", mal puede entenderse que, en cambio de reafirmar esta frase la indefensión y la inferioridad creadas por la asechanza (como simple proposición explicativa), se diga con ella: colocando a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, por la superioridad numérica de los atacantes, para que se estime, como afirmada por el Jurado, esta circunstancia constitutiva de homicidio agravado, de acuerdo con el ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal.

De lo antes considerado se desprende que este cargo, hecho por el demandante con invocación de la causal tercera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, resulta demostrado.

III. *Causal primera de casación.*

"La sentencia es violatoria de la ley penal, por indebida aplicación de la misma", dice el demandante.

Agrega que "como consecuencia de la causal anterior, el Tribunal violó la ley penal, pues aplicó a los acusados el artículo 363 del Código

Penal, ordinal 5º, en el mínimo de quince años de presidio, cuando ha debido aplicar el artículo 362 del mismo Código, también en su mínimo, aplicando ocho años de presidio, y haciendo para Miguel Ibagué la rebaja del artículo 28 del mismo Código, por el estado de ira e intenso dolor que le reconoció el primer veredicto. Invalidando previamente la sentencia recurrida, como lo solicito en subsidio nuevamente''.

Como lo anota el señor Agente del Ministerio Público, esta causal viene a ser consecuencial de la anterior.

Pues bien, aceptado que prospera el cargo hecho a la sentencia impugnada con invocación de la causal tercera de casación, resulta innecesario el examen de la primera, citada por el doctor Agustín Gómez Prada en su demanda.

De conformidad con el aparte a) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, corresponde invalidar la sentencia objeto del recurso de casación y proferir la que deba reemplazarla, por cuanto se acepta la causal tercera de casación invocada por el demandante.

A este efecto debe tenerse en cuenta:

a) Que el veredicto del Jurado se refiere a un homicidio simplemente voluntario, de acuerdo con lo previsto en el artículo 362 del Código Penal.

b) Que para el procesado Miguel Ibagué Casas los Jueces de Conciencia aceptaron que obró en estado de ira causado por grave e injusta provocación, lo que lleva a que se tome en consideración, en su favor, la circunstancia específica prevista en el artículo 28 del Código citado.

c) Que el *ad quem*, en el fallo impugnado, señaló las sanciones mínimas indicadas en los preceptos tomados en cuenta en la sentencia.

De lo anterior se desprende que el lapso de las sanciones que corresponde imponer a los procesados (privativa de la libertad y de interdicción de derechos y funciones públicas), es el siguiente:

1º Para Guillermo Castellanos Bautista y Jaime Torres, ocho (8) años de presidio, e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, a cada uno.

2º Para Miguel Ibagué Casas, dos (2) años y ocho (8) meses de presidio, e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

Como se observa que el sindicado Miguel Ibagué Casas lleva en detención preventiva un lapso superior al fijado como sanción privativa de la libertad, debe ordenarse, telegráficamente, su excarcelación incondicional, siempre que no esté detenido precautelativamente por otro asunto. Al respecto, del oficio que obra al folio 101 del cuaderno 1º, se desprende que este procesado está detenido desde el 10 de abril de 1958.

En lo demás rige el fallo recurrido.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo en parte con el concepto del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, *invalida parcialmente* la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de que se ha hecho mérito, y en su lugar *condena* a los procesados Guillermo Castellanos Bautista, Jaime Torres y Miguel Ibagué Casas a la pena principal de ocho (8) años de presidio, para los dos primeros, y de dos (2) años y ocho (8) meses de presidio para el último, más interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la sanción principal.

En lo demás rige el fallo recurrido.

Telegráficamente, como se dijo en la parte motiva, ordénese la libertad incondicional del procesado Miguel Ibagué Casas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal Superior de Ibagué.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez Abad, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León, Secretario.

HOMICIDIO. — SENTENCIAS DICTADAS ANTES DE LA DECLARACION DE INEXEQUIBILIDAD DEL DECRETO 0012 DE 1959. — LA DECLARACION DE INEXEQUIBILIDAD DE UNA LEY UNICAMENTE TIENE EFECTOS HACIA EL FUTURO. — EL PROVOCADOR Y LA LEGITIMA DEFENSA. — LA IRA EN LA COMISION DEL DELITO. INVOCACION DE RIÑA IMPREVISTA

1. Mal podía el ad quem dejar de aplicar los preceptos del Decreto extraordinario número 0012 de 1959, declarados inexequibles por la Corte en fallo de 24 de julio de 1961, por la simple razón de que esta sentencia no se había proferido cuando la sentencia impugnada se dictó.

La declaración de inexequibilidad hecha por la Corte en la sentencia mencionada, una vez cumplida su ejecutoria, es fundamento de la causal de nulidad prevista en el ordinal 1º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal ("la incompetencia de jurisdicción"), en los casos en que, después de dicho fallo, los Juzgados de Instrucción Criminal hayan proferido sentencia en los procesos penales, en razón de la facultad que les señalaba el aludido Decreto extraordinario número 0012 de 1959.

Pero en este negocio, no sólo la sentencia de primera instancia fue dictada antes de la declaración de inexequibilidad dicha, sino aun el fallo de segunda instancia.

Mal podía, por tanto, el ad quem, luego de dictada la sentencia recurrida, declarar una nulidad del proceso por una supuesta incompetencia de jurisdicción del a quo para proferir el fallo, porque la declaración de inexequibilidad de una ley únicamente tiene efectos hacia el futuro, como lo ha dicho la Corte en diferentes oportunidades.

2. La Corte, en sentencias de 5 de septiembre de 1947 y de 16 de octubre de 1951 (G. J., T. LXIII, p. 442, y T. LXX, p. 611), dice que "el provocador no puede alegar la legítima defensa, pues con su acto propio reprobable o antijurídico viene a ser el autor del daño que la reacción del provocado puede ocasionar".

Y en fallo de 23 de julio de 1956 (G. J., T. LXXIII, p. 316) expresa esta Sala que "la sola circunstancia de hallarse la víctima prevenida para el ataque le quita a su defensa el carácter justificativo en orden a cualquiera de los bienes defendibles: el de la existencia o el de la propiedad".

La riña excluye la legítima defensa, pues en ella los contrincantes obran con la intención de causar daño y no dentro de la necesidad de repeler una violencia actual injusta, que ponga en peligro la vida o la integridad personal. Asimismo en el dolo de ímpetu, a que se refiere el artículo 28 del Código Penal, el agente obra movido por la ira o el intenso dolor causados por grave e injusta provocación y no por el temor a un inminente daño contra su existencia, su honor o sus bienes, por lo cual ese estado subjetivo y el en que se encuentra quien ejercita la defensa legítima no son compatibles.

3. El estado de ira sólo es circunstancia específica de atenuación en los delitos de homicidio y lesiones personales cuando es causada por una grave e injusta provocación. Lo mismo cabe decir del intenso dolor.

"No basta experimentar ira para que esa emoción dinámica tenga alguna significación, sea de algún valor en el juzgamiento. Es necesario que ella obedezca a una ofensa de la víctima del delito, y que tal ofensa sea grave e injusta. Sólo así entra como factor capaz de modificar el hecho, siempre que exista el necesario vínculo entre él, la incitación injuriosa y el estado sicológico de quien lo consuma. En otros términos, que el acto surja como una reacción y no de modo espontáneo o inmotivado". (Sentencia de esta Sala, de 24 de octubre de 1945, G. J., T. LIX, p. 1002).

El simple resentimiento o enojo no tiene el alcance del estado de ira o de intenso dolor a

que se refiere el artículo 28 del Código Penal. Aquélla es definida como un estado de locura breve; y éste consiste en la depresión afectiva causada por la ofensa a un sentimiento o a una persona o cosa que nos es querida.

Lógicamente, el incumplimiento de las obligaciones o la negativa a resarcir el daño económico que alguien ha ocasionado, no pueden llevar a ese estado de locura momentánea que se predica de la ira, ni a ese otro de intenso dolor capaz de conducir a la ira a quien lo sufre.

4. En relación con la riña imprevista conviene repetir lo dicho por la Corte en sentencia de 21 de octubre de 1949 (G. J., T. LXVI, p. 727): "Repugna a la razón y a los principios jurídicos que pueda colocarse en la situación privilegiada de riña imprevista a quien, después de una pelea, sale en busca del arma, se provee de ella y regresa a reanudar el lance con su contendor de antes. En tal evento, la nueva riña no sólo es previsible y evitable, sino buscada y querida".

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, noviembre catorce de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos:

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado Neftalí Romero Cortés contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, fechada el 23 de julio de 1961, por la cual le fue impuesta al nombrado la pena principal de ocho (8) años de presidio más las sanciones accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Arsenio Céspedes Romero.

Hechos y trámite del proceso.

En el mes de julio de 1960, con ocasión de las festividades que anualmente se celebran en la población del Espinal (Tolima), los vecinos de esa localidad Arsenio Céspedes y Neftalí Romero acordaron construír un palco, a fin de arrendarlo a los concurrentes y buscar, así, alguna utilidad económica para repartirla entre los dos.

Parece que la liquidación de esa sociedad originó entre los nombrados serias diferencias, las cuales culminaron en la muerte violenta de Céspedes, ocasionada por Romero, el día 18 de septiembre del mismo año.

Iniciada la averiguación y perfeccionado el sumario, el Juzgado 181 de Instrucción Criminal, fundándose en los preceptos del Decreto extraordinario número 0012 de 1959, profirió sentencia de primera instancia, por la cual impone al procesado Neftalí Romero Cortés la pena principal de ocho (8) años de presidio, como responsable del delito de homicidio cometido en el citado Arsenio Céspedes Romero, resolución ésta confirmada por el fallo del Tribunal Superior de Ibagué, de que se ha hecho referencia.

Demanda de casación y respuesta del Ministerio Público.

El demandante propone, en su orden, las siguientes causales de casación contra la sentencia impugnada:

a) "*Causal cuarta:* La sentencia es violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

b) "*Causal segunda:* El Tribunal hizo una errada interpretación o apreciación de los hechos, atribuyéndoles en la sentencia un valor probatorio que no tienen, negándoles a otros el que sí tienen, y no tuvo en cuenta otros demostrados en el proceso. El Tribunal consideró que se trataba de un homicidio simplemente voluntario, siendo así que existió una legítima defensa, o una provocación grave e injusta de parte de la víctima o una riña imprevista".

c) "*Causal primera:* El Tribunal pronunció una sentencia violatoria de la ley penal, por indebida aplicación de la misma. Condenó por homicidio simplemente voluntario, según el artículo 362 del Código Penal, siendo así que ha debido dar aplicación al artículo 25, ordinal 2º, del mismo Código, o al artículo 362, pero en combinación con el 28 (provocación) o con el 384 (riña imprevista)".

La Sala habrá de referirse a los cargos que el impugnante presenta, en el mismo orden de las causales a que ellos aluden.

Ahora bien, el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal solicita que *no se case* la sentencia recurrida, pues considera que ninguno de los cargos que se le hacen resulta demostrado. Su réplica será tomada en cuenta por la Sala al ocuparse de la demanda de casación.

Para resolver se considera:

El examen de los cargos hechos por el demandante a la sentencia acusada debe ser adelantado en el mismo orden de las causales de casación propuestas, a saber:

I. *Causal cuarta de casación.*

Dice el impugnante que la sentencia "se dictó en un juicio viciado de nulidad, por la siguiente razón:

"La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 24 de julio de 1961, declaró inexequible, entre otros, el artículo 1º del Decreto 0012 de 1959, y otros, 'en cuanto atribuyen competencia para fallar en primera instancia a los Jueces de Instrucción Criminal que actúen por comisión del Ministerio de Justicia'. Ahora bien, la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué fue dictada el 23 de junio de 1961; la sentencia apenas confirmó la de primera instancia dictada por el Juez 181 de Instrucción Criminal; fue recurrida en casación desde el 26 de junio de 1961 (f. 193); apenas se fijó el edicto notificándola el 27 de junio del mismo año; y el recurso apenas se concedió el 27 de agosto del citado año de 1961, o sea más de un mes después de dictada la sentencia de la Corte Suprema.

"No había, pues, una sentencia ejecutoriada que no permitiera retrotraer el procedimiento. Al decir el artículo 201 del Código de Procedimiento Penal que 'dictada la sentencia', no se podrá alegar la nulidad 'sino en el recurso de casación', se está refiriendo a nulidades corrientes, a las previstas en los artículos 198 y 199, pero no a nulidad de origen constitucional, supralegal, en que han conocido de un proceso funcionarios que no podían fallar el proceso sin quebrantar la Carta Fundamental.

"Tanto es así ello, de que *dictar* la sentencia no significa solamente escribirla y firmarla los Magistrados, que la nulidad del artículo 451, ordinal 1º del Código Judicial no puede alegarse 'sino precisamente cuando la sentencia se ha proferido', el librar ejecución dictando la sentencia después de la muerte del deudor (art. 451, ord. 3º), que se puede alegar después de la sentencia; es más, una parte que no fue debidamente emplazada o representada en el juicio puede alegar, terminado el juicio, la nulidad de éste, o puede proponerla como excepción al tratar de cumplirse la sentencia (art. 457, ibídem).

"Lo dispuesto en el procedimiento civil es aplicable a lo penal en cuanto no se oponga a lo dispuesto en este ramo (art. 7º del C. de P. P.). Y aquellos preceptos están indicando que en muchas veces las nulidades pueden alegarse después de escrita y firmada una sentencia, después de *dictada,* y antes de salir de la jurisdicción del Tribunal, pues es claro que fenecida la jurisdicción del fallador de segunda instancia, ya no podrán alegarse sino en el recurso de casación.

"Ha debido, pues, el Tribunal anular lo actuado desde el auto de cierre de la investigación y pasar el proceso a la justicia ordinaria, conocido el fallo de la Corte.

"Pido, pues, que se invalide la sentencia y se devuelva el proceso a quien corresponda, por conducto del Tribunal de origen, para que se reponga el procedimiento en la forma indicada (art. 570 del C. de P. P., ordinal b)".

Réplica del Ministerio Público.

Anota el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal que las razones señaladas por la Sala, en providencia de 5 de mayo de 1962 (casación de Sofía Sánchez Díaz, por homicidio), son más que suficientes para que se estime como no demostrado el cargo que el demandante hace al fallo recurrido, con invocación de la causal cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

La Sala considera lo siguiente:

Los fallos de primera y de segunda instancia, en este proceso, fueron proferidos el 26 de enero de 1961 y el 23 de junio del mismo año, respectivamente.

La Corte profirió la sentencia a que alude el demandante el 24 de julio de 1961 ("Diario Oficial" No. 30582). En consecuencia, mal podía el *ad quem* dejar de aplicar los preceptos del Decreto extraordinario número 0012 de 1959, declarados inexequibles por dicho fallo de la Corte, por la simple razón de que éste no se había proferido cuando la sentencia impugnada se dictó.

La declaración de inexequibilidad hecha por la Corte en la sentencia de 24 de julio de 1961, una vez cumplida su ejecutoria, es fundamento de la causal de nulidad prevista en el ordinal 1º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal ("la incompetencia de jurisdicción"), en los casos en que, después de dicho fallo, los Juzgados de Instrucción Criminal hayan proferido sentencia en los procesos penales, en razón de la facultad que les señalaba el aludido Decreto extraordinario número 0012 de 1959.

Pero en este negocio, como se dejó anotado, no sólo la sentencia de primera instancia fue dictada antes de la declaración de inexequibilidad mencionada, sino aun el fallo de segunda instancia.

Mal podía, por tanto, el *ad quem,* luego de dictada la sentencia recurrida, declarar una nulidad del proceso por una supuesta incompetencia de jurisdicción del *a quo* para proferir el fallo, porque la declaración de inexequibilidad de una ley únicamente tiene efectos hacia el futuro, como lo ha dicho la Corte en diferentes oportunidades (G. J., t. XXIII, p. 432; G. J., t. XXXIV, p. 150; G. J., t. LXXX, p. 266; G. J., t. XXIX, ps. 285 a 286, y casaciones de Germán Zapata García, por homicidio, marzo 14 de 1962; de Rubén y Julio Serrano y Dagoberto Villalobos, por tentativa de homicidio, marzo 16 de 1962, y casación de Sofía Sánchez Díaz, de mayo 5 de 1962, por homicidio, aún no publicadas en la G. J.).

El cargo hecho por el demandante no resulta demostrado.

II. *Causal segunda de casación.*

Dice el demandante que el Tribunal "estimó que se trataba de un homicidio simplemente voluntario, cuando en el caso existió una legítima defensa, o un estado de provocación injusta y grave, o una riña imprevista".

A estos cargos pasa a referirse la Sala, así:

1º *Legítima defensa de la vida.*

Dice el demandante que el *ad quem* incurrió en error en la apreciación de las pruebas al negar la existencia de la circunstancia de justificación del hecho prevista en el ordinal 2º del artículo 25 del Código Penal (legítima defensa), pues ella resulta acreditada de lo que refiere el procesado y del examen de los testimonios de Juan Nepomuceno Gómez, Ramiro Avilés, Gregorio Romero, Guillermo Barrero, Arturo Sánchez Rodríguez, José Trinidad Durán Sánchez e Isabel Rodríguez, a más de lo que expresa la declarante Cecilia Orjuela.

A la versión que de los hechos dan los antes nombrados alude el impugnante en la forma que pasa a transcribirse:

"*Juan Nepomuceno Gómez* afirma que al ver Neftalí a Arsenio, le dijo: 'párate, so hijueputa, no te quiero matar sentado'; que aquél no quiso pararse; que él, Gómez, cogió 'a Neftalí del cuello de la camisa... hasta que la camisa y un pedazo de franela se rompieron'; que Neftalí salió, volvió la esquina, y cuando él, Gómez salió, 'ya vi que Arsenio Céspedes estaba herido' (f. 8).

"Pero en la reconstrucción de los hechos da otra versión distinta: que lo que le dijo Neftalí a Arsenio, al llegar a la tienda, fue: 'Ah, aquí está mi amiguito, salí para afuera'; que al amenazar Neftalí que le tocaba matar a Arsenio, Gómez lo agarró con una mano y con la otra empuñó un taburete; que Neftalí, al fin, se le zafó y que todos los contertulios se habían salido, menos Arsenio; que al fin salió éste, y cuando salió Gómez de la tienda vio a Céspedes 'ya herido' (f. 85).

"Repreguntado si fue cierto que, como lo expresó en la primera vez, al llegar Neftalí a la puerta de la tienda le dijo a Arsenio: 'párate so hijueputa, no te quiero matar sentado', contestó que lo que le oyó decir fue que le dijo por tres veces: 'salí afuera'; que la agarrada fue en la puerta de la tienda para impedir que entrara; y que 'más antes yo le vi a Céspedes una puñaleta de esas que forman de la segueta, se la vi que le hacía cacha de bronce, pero el día de la muerte de Céspedes no se la vi' (f. 87).

"Ya queda perfectamente desmentido el Tribunal con la declaración suprema en que apoya la conclusión antes anotada sobre ausencia de legítima defensa.

"*Ramiro Avilés* hace primero una exposición escueta de un homicidio voluntario: 'Neftalí se dirigió al señor Arsenio y le dijo: 'párate si sos macho, vení peliamos'. Entonces 'el señor Arsenio Céspedes salió de la tienda hacia afuera, y el señor Neftalí Romero sacó un cuchillo dentro del pantalón y se le fue encima al señor Arsenio Céspedes, tirándole con el cuchillo cerca del corazón' (f. 10). Pero no hay que alarmarse, que una clara y patente y legítima defensa es la que surge de su declaración contraria en la reconstrucción de los hechos:

"Cuenta, entonces, que Nepomuceno Gómez agarró a Arsenio 'para detenerlo y que no fuera a pelear'; pero que en esas 'Céspedes salió a la carrera 8ª por la puerta número 15-02, llevando en la mano un cuchillo o navaja, como de un jeme de largo, al parecer en la mano derecha, el que le vi desde donde yo estaba en la esquina de la casa del frente'; que al salir 'se encontró con Neftalí Romero, y ahí fue donde Neftalí le tiró a Céspedes las tres puñaladas y lo hirió' (f. 92).

"Ya van dos declarantes que desmienten al Tribunal.

"*Gregorio Romero* cuenta que llegó Neftalí a la tienda y le dijo a Arsenio: 'párese pa vernos afuera las caras'; que la dueña de la tienda, doña Julia, cerró las puertas y que Arsenio salió y que como se quedó adentro, 'no vide quién hirió a Arsenio' (f. 10 v.)..

"En la reconstrucción de los hechos aclara que Nepomuceno Gómez agarró a Neftalí para que no entrara a la tienda; que Neftalí había sacado un cuchillo; y que 'el señor Céspedes salió entonces de la tienda en ese momento en que Gómez sujetaba a Neftalí Romero..., llevando en la mano una puñaletica que sacó del bolsillo cuando llegó a la puerta dicha' (f. 91).

"Si Neftalí estaba agarrado por Gómez y si el otro sacó cuchillo cuando lo vio agarrado, ¿quién quedó en situación de legítima defensa?

"Con éste son los tres declarantes que desmienten al Tribunal.

"*Guillermo Barrero,* suegro de Arsenio Céspedes, habla de la segueta o puñaleta que siempre usaba su yerno Arsenio, y dice que 'ese día cuando los hechos tenía Arsenio Céspedes una seguetica en la mano en el momento en que yo lo agarré del brazo' (f. 124).

"Y van cuatro declarantes que desmienten al Tribunal.

"*Neftalí Romero Cortés* dice en su indagatoria que 'en ese momento vi al señor Céspedes que se paró con una puñaleta en la mano, dando yo la espalda hacia la calle reculé para atrás..., y sentí que me echaron mano por detrás; que se dio cuenta que 'era Nepo Gómez el que me sujetaba', y que cuando Céspedes le tiró yo le metí a él un golpe con el cuchillo que yo tenía en la mano' (f. 95).

"*Arturo Sánchez Rodríguez* vio que 'Nepo Gómez que tenía agarrado a Neftalí Romero de por detrás', y que 'en el momento mismo en que Neftalí estaba agarrado por Gómez le vi a Arsenio Céspedes cierta arma, que no puedo decir si era cuchillo o navaja o qué'; y que luego oyó decir que Neftalí había matado a Arsenio (f. 57).

"Ya son cinco las declaraciones que desmienten al Tribunal.

"A *José Trinidad Durán Sánchez,* que fue el peluquero que hizo la motilada a Neftalí antes del lance fatal, le 'contó el mismo Nepo Gómez' que Arsenio Céspedes 'cuando se había parado del asiento había sacado una puñaleta de fabricación casera, como lima, que con esa había salido en la mano para afuera' (f. 60 v.).

"*Isabel Rodríguez de Herrán* vio que 'Nepo Gómez tenía cogido a Neftalí de por detrás...; yo le alcancé a ver al finado una arma y a Neftalí un cuchillo grande' (f. 64). La puñaletica 'la recogió el suegro, don Guillermo Barrero, cuando Céspedes cayó al suelo' (f. 64 v.).

"Y va otro declarante que contradice al Tribunal.

"Y *Cecilia Orjuela* dice que 'cuando yo me asomé por la ventanilla le vi a Céspedes una cosita en la mano, que no pude precisar qué sería, si cuchillo, navaja u otra cosa, pero daba la impresión que era un arma' (f. 110 v.).

"Y ya son siete quienes le vieron el arma a Arsenio Céspedes".

Anota luego el impugnante lo siguiente:

"Si Céspedes salió de la tienda en el 'momento en que Gómez sujetaba a Neftalí Romero', llevando su puñaleta en la mano, ¿cómo puede decirse que no hubo una legítima defensa de la vida...? La violencia era actual, porque se produjo cuando Arsenio vio a su enemigo Neftalí, y cuando éste se hallaba agarrado por Nepomuceno Gómez; la violencia era injusta, porque no había motivo para atacar a Romero por el solo motivo de que éste le cobraba lo que le debía; y hubo proporcionalidad entre la agresión y la defensa, porque la puñaleta de Arsenio era instrumento tan letal como el cuchillo de Neftalí.

"Y no se diga que hubo provocación de Romero Cortés: las expresiones soeces de hijueputa no las oyó sino el suegro de Céspedes, para luego desdecirse de haberlas oído, como ya se expresó, y Ramiro Avilés, que también las sostuvo. Lo ocurrido realmente fue lo expuesto por la dueña de la tienda: que ella cerró las puertas de su establecimiento, que por la que quedó abierta salió Céspedes con la puñaleta en la mano y pretendió agredir a Romero, que estaba agarrado por Nepomuceno Gómez; pero el acusado logró safársele y 'le madrugó', como dice en su lenguaje pintoresco y vulgar la gente del pueblo, y, por defender su vida, le hizo perder la suya al tántas veces nombrado Arsenio Céspedes.

"Ahora, el hecho de que Romero llevara el cuchillo nada empece a la tesis de la legítima defensa:

"En primer lugar, porque el hecho de ir armado no significa de suyo propósito homicida y ninguna ley prohibe a quien teme peligros precaverse a tiempo y eficazmente contra ellos, como lo ha dicho la Corte. Y en segundo lugar, porque sí fue cierto que María del Rosario de Romero,

mujer de Neftalí, sí le pidió el cuchillo, como lo expuso éste y lo confirma aquélla; 'le dije al niño: mijito, vaya a la casa y dígale a su papá que me mande el cuchillo, que se me quedó allá' (f. 69 v.).

"Por ello, de una vez solicito la absolución del procesado, con aplicación de los artículos 24 y 25, ordinal 2º, del Código Penal, y 203 del Código de Procedimiento Penal".

Réplica del Ministerio Público.

Dice el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal que "prescindiendo de los testigos que afirman que no le vieron arma alguna a Céspedes Romero, testigos en cuyos dichos se basó el honorable Tribunal para hacer apenas una suposición sobre el arma que pudo la víctima haber sacado del bolsillo al darse cuenta de las intenciones de Romero Cortés, resulta evidente, y en ello están de acuerdo todos los declarantes de autos, que fue Romero Cortés quien comenzó a amenazar, insultar, provocar y agredir de obra; que el ataque fue inicialmente evitado gracias a la intervención de Juan Nepomuceno Gómez, lo cual dio ocasión a Céspedes Romero para tratar de escapar por la puerta más cercana a su lado, y en esa forma eludir el encuentro con su enfurecido acreedor, quien desde un principio había sacado el enorme cuchillo de sacrificar ganado que llevaba oculto en la pretina del pantalón, al entrar por la puerta que le quedaba en frente.

"Y también es cierto que todos los testigos coinciden en afirmar que por parte de Céspedes Romero no hubo la menor réplica verbal a las ofensas y provocaciones de su victimario, y ni siquiera trató de hacer uso de la improvisada arma que tenía en sus manos.

"Céspedes Romero, se repite, pretendió eludir el encuentro al ser insultado y retado a la pelea por Romero Cortés, y si es que esgrimió el arma de que hablan los testigos atrás citados, fue porque se vio en peligro de perder la vida cuando se percató de que su contrincante le agredía de obra. Y esa legítima defensa al fin no la ejerció, pues su enemigo no le dio tiempo, ya que estaba armado de un temible cuchillo de matarife, desproporcionado en su tamaño y peligrosidad si se le compara con la pequeña navaja de Céspedes.

"De manera, pues, que los insultos y retos hechos por el acusado a la víctima de autos; la tentativa de retiro de Céspedes Romero; el haberle cortado la retirada su victimario, saliéndole al encuentro, y la desproporción de las armas, etc., descartan sin lugar a dudas la posibilidad de aceptar que Romero Cortés, al matar a Céspedes Romero actuó en ejercicio de un derecho.

"Al efecto, es muy interesante la declaración de Pablo Oviedo Ortegón, visible al folio 73 del cuaderno número primero".

La Sala considera:

Son valederos los razonamientos del señor Agente del Ministerio Público para estimar como no probado este primer cargo.

En efecto, en ningún error manifiesto en la estimación de las pruebas incurre el *ad quem* en la sentencia recurrida, al señalar como inexistente, en favor del procesado Romero Cortés, la circunstancia justificadora del hecho prevista en el ordinal 2º del artículo 25 del Código Penal.

De los mismos testimonios citados por el demandante se desprende que el recurrente fue el provocador, a saber: *Nepomuceno Gómez* declara, primero, que Neftalí le dijo a Arsenio: "párate, so hijueputa, no te quiero matar sentao"; y en la diligencia de reconstrucción de los hechos expresa que Romero Cortés le dijo a Céspedes Romero: "ah, aquí está mi amiguito, salí para afuera". *Ramiro Avilés* dice que el procesado le dijo a la víctima: "párate si sos macho, vení peliamos". *Gregorio Romero,* igualmente, manifiesta que el victimario le dijo a Arsenio: "párese pa vernos afuera las caras".

Agréguese a lo anterior lo que refieren las siguientes personas:

a) *Darío Rodríguez* declara que "llegó Neftalí Romero y dio la vuelta por la esquina, y desde ahí nomacito del quicio de la puerta de la calle, de una vez se dirigió a Arsenio Céspedes y le dijo 'ahora sí parate Arsenio que quiero arreglar un asunto con vos', y el finao se paró y salió por la puerta de la carrera, y el reo, cuando le llamó la atención a Arsenio, ya era porque había pelao cuchillo, que lo llevaba encaletao por entre la camisa y el pantalón..." (f. 15 v. del Cdn. No. 1).

b) *Ramiro Avilés* (f. 10 del Cdn. No. 1) dice que Romero Cortés fue quien sacó un cuchillo y "se le fue encima al señor Arsenio Céspedes, tirándole con él...".

c) *Nepomuceno Gómez* (f. 84 del Cdn. No. 1), en la diligencia de reconstrucción de los hechos, dice que "estábamos aquí en la reunión cuando apareció don Neftalí Romero por la carrera 8ª con calle 16, se asomó a la primera puerta de la tienda, sin entrar a ella, siguió por el andén y pasó a la puerta número 15-02, asomándose

también y dio en seguida la vuelta por la calle 15 y estuvo mirando hacia adentro, a donde estaba Arsenio Céspedes, por la puerta número 7-80, y en ese instante dijo, refiriéndose a Céspedes: 'ah, aquí está mi amiguito, salí para afuera'. Pero Arsenio no le paró bolas, no le contestó nada, y entonces Neftalí volvió y le repitió: 'por qué no salís'. Visto que no salió Arsenio, le dijo entonces Neftalí: 'entonces toca', a tiempo que se inclinaba hacia el interior de la tienda y sacaba un cuchillo por entre la camisa, la que tenía bien puesta, y en esas yo le dije: 'toca, no, por encima de mí no lo mata', y lo detuve con mi mano izquierda, cogiéndolo por delante por el cuello, a la vez que yo tomaba un asiento con la otra mano, la derecha...".

Ahora bien, la Corte, en sentencias de 5 de septiembre de 1947 y de 16 de octubre de 1951 (*G. J.*, t. LXIII, p. 442, y t. LXX, p. 611), dice que "el provocador no puede alegar la legítima defensa, pues con su acto propio reprobable o antijurídico viene a ser el autor del daño que la reacción del provocado puede ocasionar".

Y en fallo de 23 de julio de 1956 (*G. J.*, t. LXXXIII, p. 316) expresa esta Sala que "la sola circunstancia de hallarse la víctima prevenida para el ataque le quita a su defensa el carácter justificativo en orden a cualquiera de los bienes defendibles: el de la existencia o el de la propiedad".

Y fue Romero Cortés, según los testimonios ya mencionados, quien se previno para el ataque armado contra Céspedes Romero, al sacar el cuchillo que llevaba oculto entre el pantalón y la camisa, al mismo tiempo que invitaba a la víctima para que saliera a la calle.

De otra parte, como lo anota el señor Agente del Ministerio Público, "por ser tres las tesis..." que plantea el demandante (legítima defensa, estado de ira e intenso dolor causados por grave e injusta provocación, y riña imprevista), "quiere decir que de ninguna se encuentra convencido, ya que alega una en subsidio de la anterior".

Es, pues, el mismo impugnante quien descarta la demostración de este cargo, pues acepta, al proponer los otros dos, que el procesado sí es responsable, pero dentro de las circunstancias de atenuación previstas en los artículos 28 o 384 del Código Penal.

La riña excluye la legítima defensa, pues en ella los contrincantes obran con la intención de causar daño, y no dentro de la necesidad de repeler una violencia actual e injusta, que ponga en peligro la vida o la integridad personal. Asimismo, en el dolo de ímpetu, a que se refiere el artículo 28 del Código Penal, el agente obra movido por la ira o el intenso dolor causados por grave e injusta provocación y no por el temor a un inminente daño contra su existencia, su honor o sus bienes, por lo cual ese estado subjetivo y el en que se encuentra quien ejercita la defensa legítima no son compatibles.

De lo expuesto se desprende, pues, que este primer cargo hecho por el demandante con invocación de la causal segunda de casación no está demostrado.

2º *Provocación injusta y grave de parte del occiso.*

Expresa el impugnante que "son tan numerosas las pruebas como para la legítima defensa. E invoca, en subsidio, esta circunstancia atenuante de la responsabilidad y de las sanciones. El Tribunal reconoce la provocación, pero no le da el valor que tiene procesalmente, como si fuera necesario que se procediera 'en el acto mismo', como lo requería el antiguo y anticuado Código de 1890.

"Dice el Tribunal que 'preciso es dejar establecido que entre éste (Arsenio Céspedes) y el procesado (Neftalí Romero)..., por razones de intereses, se produjo un rompimiento..., y que por este motivo los dos tuvieron un disgusto que concluyó a puñetazos, a consecuencia de los cuales los dos resultaron con contusiones, habiendo llevado la peor parte el procesado'.

"El médico legista del Espinal examinó a Neftalí Romero Cortés, y eso en noviembre de 1960, y le encontró una cicatriz en la región malar derecha 'que corresponde a una herida contuso-incisa, causada con instrumento contundente liviano' (f. 108 v.).

Cita luego los testimonios de Isaías Herrán, Tulia Barrero, Pedro Ramírez, Jesús Garzón, Julia Hernández de Cabeza, Guillermo Barrero, Luz Stella Cabezas, Marco Tulio Rodríguez, Arturo Sánchez, Marina Barrero, José Vicente Murillo y Pablo Oviedo, de los cuales se desprende que entre Céspedes Romero y Romero Cortés, veinte días antes de ser éste muerto por aquél, ocurrió entre los dos una riña, en la cual sufrió el procesado una herida en el pómulo izquierdo, incidente motivado por el hecho de que Arsenio se negaba a compartir la pérdida de novecientos pesos que ambos habían sufrido en el negocio del palco para las fiestas del Espinal, suma esa aportada por Neftalí.

Dice el demandante que "la provocación, según el artículo 28 del Código Penal, ha de ser injusta y grave. Lo injusto de la provocación —ha dicho la Corte— se vincula al carácter ilícito, es decir, prohibido por la ley, de la frase o hecho que constituyen la provocación, y la gravedad, a las consecuencias que la frase o hecho pueden acarrear a la dignidad del procesado, que exista justa causa para la ira o el dolor. Para gentes pobres, una suma de cuatrocientos o seiscientos pesos es una cantidad considerable; y si las propuestas de arreglo son recibidas con desprecio o con injurias, si no sólo lo roba sino que también lo injuria, aparece de modo patente una provocación de suma gravedad y de suma injusticia que justifican la atenuación de la responsabilidad y las sanciones, según el artículo 28 del Código Penal.

"En cuanto al tiempo, bien sabido que el Código no exige el criterio cronológico, que la reacción sea inmediata, sino que basta que entre el delito y la provocación haya relación de causalidad: 'el requisito de la simultaneidad, de la inmediatabilidad, no está expresado en la norma del texto —ha dicho la Corte—, lo que exige es que el culpable provocado actúe en estado de ira' (Cas. de 26 de oct. de 1943, *G. J.*, t. LVI, p. 448). Todos los comentadores están de acuerdo en que puede mediar un tiempo más o menos largo y que cualquier incidente, aun la mera presencia del provocador, puede revivir la representación de la afrenta, del agravio, en una palabra, de la provocación.

"Recientes estaban los hechos, las injurias, los puñetazos y la herida, recibida en público y en condiciones de inferioridad, para que al ver a su deudor insoluto y grosero no se le revolviera la sangre y reaccionara".

Réplica del Ministerio Público.

Dice el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal que "el tema de la provocación injusta y grave no fue materia de estudio en las instancias, ya que no lo plantearon el procesado ni sus defensores para que fuera dilucidado por los Jueces. Y ocurre también que este pretendido dolo de ímpetu, desatado en el victimario al verse enfrente de su pretendido deudor, carece de la más mínima demostración en el expediente.

"Por otra parte, no es posible aceptar, a menos que sea para establecer el homicidio simplemente voluntario, cuya existencia afirma la sentencia acusada, el siguiente concepto del señor abogado demandante: 'Recientes estaban los hechos, las injurias, los puñetazos y la herida, recibida en público y en condiciones de inferioridad, para que al ver a su deudor insoluto y grosero no se le revolviera la sangre y reaccionara'. Y no se configura el supuesto dolo de ímpetu, porque bien claro aparece en el expediente, y lo anotan así los fallos de primera y de segunda instancia, que desde las primeras horas de la mañana en que entraba y salía de su casa de habitación el procesado Romero Cortés, éste pudo darse cuenta de que su futura víctima, Céspedes Romero, llegaba y permanecía en la cantina de la esquina inmediata a su casa de habitación.

"Y está también demostrado que el procesado salió de su casa y se dirigió a la citada cantina, se asomó por la primera puerta del local para distinguir a los contertulios o clientes que se hallaban allí; luego hizo lo mismo por la segunda puerta, junto a la cual se hallaba Céspedes Romero, sentado, dando la espalda hacia la calle, y finalmente volteó la esquina, para, ahí sí, entrar a la tienda por la única puerta de ese lado. Y la entrada que hizo fue tan notoriamente agresiva y peligrosa que Juan Nepomuceno Gómez, el amigo suyo, que hasta dinero le había prestado para el malhadado negocio con Céspedes Romero, intentó detenerlo, al paso que los demás contertulios de la víctima, y aun ésta misma, salieron en desbandada por las otras dos puertas.

"No constituyó, por tanto, una sorpresa para Romero Cortés ver a Céspedes Romero al entrar a la tienda.

"La declaración de Aleida Morales Hernández (f. 111, cuad. 1º) convence plenamente sobre las 'andanzas, idas y venidas' de Romero Cortés en la mañana de autos y en los alrededores del lugar de la tragedia.

"Y todo ello, en concepto de la Procuraduría, respalda y autoriza el convencimiento legal-moral del fallador conforme al cual fue descartado el estado de ira e intenso dolor supuestamente causado por grave e injusta provocación de la víctima".

La Sala considera:

Es el declarante Pablo Oviedo Ortegón (f. 73 y v.) quien más concretamente se refiere a los antecedentes señalados por el demandante, en los cuales funda ese supuesto estado de ira e intenso dolor, causado por grave e injusta provocación, en que cometió el hecho su representado. Dice el testigo aludido lo que pasa a transcribirse:

"Lo que sí puedo manifestar sobre las relaciones existentes entre Arsenio Céspedes y Neftalí Romero, es que veinte días antes de ocurrir la muerte de Céspedes, precisamente un domingo, como a las diez de la mañana, llegué yo en asocio de Vicente Murillo a la tienda de la señora Julia de Cabezas, en esta localidad, a tomarnos una cerveza, cuando me llamaron de donde Nepomuceno Gómez, que es una casa vecina a la de doña Julia de Cabezas, a ver si yo jugaba naipe, y al dirigirme a ese lugar me encontré ahí con Arsenio Céspedes y Neftalí Romero, un muchacho llamado Miguel, cuyo apellido no sé, y casamos el chico de naipe, quedando yo de compañero del finado Céspedes, en tanto que Neftalí acompañaba en el juego al referido Miguel. Jugamos tres o cuatro chicos, apostando una tanda de cerveza en cada uno y tomando Neftalí Romero aguardiente, pues él no tomaba cerveza en esa ocasión... Después de ese chico no jugamos más naipe y pasamos a la tienda a tomarnos la tanda que acabamos de ganar. Cuando íbamos en el trayecto de la casa de don Nepo Gómez a la tienda de doña Julia de Cabezas oí unas voces pronunciadas por Neftalí Romero, quien dijo más o menos lo siguiente a Arsenio Céspedes: 'Conejo, tiene ganas de que yo le pegue unos coscorrones', lo que dijo en tono bajo, luego de haber conversado algo sobre una compañía que habían tenido para las fiestas reales de julio en esta ciudad, pues de esa charla sobre tal asunto les alcancé a oír que el uno dijo al otro que 'esa plata usted se la comió', lo que dijo Neftalí a Céspedes, y en el acto Céspedes le replicó diciéndole a Romero más o menos estas palabras: 'no, si usted también me dio garrote en el negocio', es decir, entendí yo que se echaban mutuamente la culpa del resultado de la compañía y decían que por eso no habían tenido ni pérdidas ni ganancias. Al llegar nosotros a la tienda pidieron la tanda perdida por ellos y en ese instante, antes de tomárnosla, Neftalí llamó a 'Conejo' hacia afuera, diciéndole: 'venga para acá, Conejo', en tono mediano, y 'Conejo' salió a ver qué era el asunto, teniendo ambos la copa en la mano, el uno y el otro la botella de cerveza; cuando nos dimos cuenta, al minuto, era que estaban agarrados los dos, al nombrado Romero le salía sangre de un pómulo y a Arsenio le chorreaba sangre de la boca. Se agarraron de nuevo en lucha y Arsenio Céspedes puso debajo a Neftalí Romero, por lo cual José Vicente Murillo y yo los separamos, quedando Arsenio hacia un lado, mientras que nosotros retiramos a Neftalí para el otro lado, porque él insistía en írsele encima a Céspedes, en tanto que éste nos decía que lo soltáramos a Neftalí. Teniendo nosotros cogido a Neftalí para evitar que volvieran a agarrarse, y sin decirle nada Céspedes, entonces Neftalí Romero sacó una navaja del bolsillo y la abrió en actitud agresiva, como ofendiendo a 'Conejo', y ante eso lo sostuvimos más fuertemente para que no se fuera a pegarle a 'Conejo' (Céspedes). Entonces, ante la intervención de Murillo y la mía, guardó la navaja Romero, y en esas unos amigos se llevaron a Arsenio hacia su casa, y no siguió el incidente entre ellos dos. Cuando ya Céspedes se había ausentado para su casa, le pregunté a Neftalí cómo había salido herido en el pómulo, y me contestó que había sido cortado con el filo del andén, al caer al suelo, y me dijo también lo siguiente: 'y la próxima vez no le vuelvo a pegar con la mano', a tiempo que se limpiaba la sangre con un pañuelo, y estando los dos solos, fuera de la tienda, pues nuestros compañeros Vicente y Miguel ya se habían entrado a dicha tienda. Desde esa ocasión no volví a presenciar ningún incidente o diferencia entre los referidos Romero y Céspedes, ni los volví a ver juntos a ellos dos. Al encontrarme después de ese disgusto de ellos dos con el amigo Arsenio Céspedes, le dije que tuviera cuidado con Neftalí Romero, porque me había dicho el día del incidente entre ellos que no le volvería a pegar con la mano. Al comunicarle yo eso a 'Conejo' (Céspedes), éste me dijo que él no iba a buscarle la pelea nunca, que si Neftalí le salía a buscarle molestia nuevamente, la tendrían a puños, porque él nunca cargaba arma. No fue más lo que hablamos al respecto".

Pues bien, el estado de ira sólo es circunstancia específica de atenuación en los delitos de homicidio y lesiones personales cuando es causada por una grave e injusta provocación. Lo mismo cabe decir del intenso dolor.

"No basta experimentar ira para que esa emoción dinámica tenga alguna significación, sea de algún valor en el juzgamiento. Es necesario que ella obedezca a una ofensa de la víctima del delito, y que tal ofensa sea grave e injusta. Sólo así entra como factor capaz de modificar el hecho, siempre que exista el necesario vínculo entre él, la incitación injuriosa y el estado sicológico de quien lo consuma. En otros términos, que el acto surja como una reacción y no de modo espontáneo o inmotivado" (sentencia de esta Sala, de 24 de oct. de 1945, *G. J.*, t. LIX, p. 1002).

El simple resentimiento o enojo por alguna cosa no tiene el alcance del estado de ira o de intenso dolor a que se refiere el artículo 28 del

Código Penal. Aquélla es definida como un estado de locura breve; y éste consiste en la depresión afectiva causada por la ofensa a un sentimiento o a una persona o cosa que nos es querida.

Lógicamente, el incumplimiento de las obligaciones o la negativa a resarcir el daño económico que alguien ha ocasionado, no pueden llevar a ese estado de locura momentánea que se predica de la ira, ni a ese otro de intenso dolor capaz de conducir a la ira a quien lo sufre.

Asimismo, la riña de que da cuenta el declarante Oviedo Ortegón, en la forma en que se desarrolló, y que bien parece que fue provocada por Romero Cortés, incidente en el cual, tanto éste como Céspedes Romero, resultaron lesionados, no puede tener el alcance de grave provocación. Con menos razón el hecho de que Arsenio no se aviniera a las pretensiones económicas de Neftalí, en relación con los resultados de la sociedad que pactaron para explotar un "palco" en las fiestas celebradas en la población del Espinal, meses antes de los hechos.

Al no tomar en cuenta el *ad quem* el precepto contenido en el citado artículo 28 del Código Penal, en la sentencia recurrida, no incurrió en manifiesto error en la apreciación de las pruebas.

Este segundo cargo, propuesto con invocación de la causal segunda de casación, no resulta demostrado.

3º *Riña imprevista para el procesado.*

"En subsidio...", expresa el demandante, "invoco el reconocimiento de una riña imprevista para el acusado, que surge, al menos, de las pruebas ya enunciadas, y que sería inútil y prolijo repetir.

"¿Y cuál es la riña imprevista? Decir que es la que se puede prever con anticipación como posible, es demasiado expresar, y eso no es lo que la ley significa. No, la riña imprevista es la no buscada de propósito, deliberadamente, la que surge de improviso, aquella en que no se ponen las circunstancias de lugar, tiempo y modo con la finalidad de que se realicen un homicidio o unas lesiones personales.

"La ley contempla mayor dolo en la riña prevista, porque implica preparación ponderada del delito, perseverancia en la intención criminosa, un verdadero dolo de propósito; y, al contrario, considera de dolo menor el hecho realizado en riña imprevista, porque el dolo es de ímpetu repentino, nacido al calor de las condiciones del momento. Si toda riña fuera imprevista, sólo cuando pudo preverse como posible por cualquier encuentro casual, nunca existiría la figura contemplada en el Código como atenuante de la responsabilidad y de las sanciones.

"Tampoco puede negarse que haya riña cuando no hay golpes mutuos, pues basta que haya pelea entre dos o más personas, sin necesidad de que haya puñetazos o cuchilladas de parte y parte, sino simplemente contienda, lid, pendencia, ánimo mutuo de agresión.

"El Tribunal dice que Romero fue el provocador del lance. Pero ello no es cierto. Lo que aquí aparece, siguiendo el tema de la riña, es que el lance apenas fue un segundo episodio de la primera riña. Resentido Romero por el no pago de sus dineros, que por cierto estaba todavía debiendo a sus parientes, ultrajado y herido en el primer encuentro, cualquier circunstancia podía revivir la riña, que entonces, como en la primera vez, fue completamente imprevista para el acusado".

Réplica del Ministerio Público.

Afirma el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal que "esa clase de riña no se confronta:

"En efecto: ya se dijo y vio cómo el sindicado se acercó al lugar de los acontecimientos; cómo atisbó por las puertas que daban al local por uno de sus costados; cómo penetró por la otra puerta; cómo lo hizo en actitud manifiestamente provocante, lo que dio lugar a la alarmada intervención de su amigo Gómez y a la desbandada de los parroquianos que allí se encontraban, lo mismo que al intento de huída de Céspedes Romero, quien, ciertamente, ganas no tenía de pelear, por cuyo motivo Romero Cortés salió o se devolvió desaciéndose de quien lo sujetaba y se dirigió rápidamente hacia la esquina para salirle al encuentro de Céspedes Romero e impedirle la retirada, hecho lo cual le atacó allí mismo, en forma tal que de un solo tremendo golpe acabó con la existencia de éste.

"Si así sucedieron las cosas, ciertamente que la supuesta riña imprevista, calificada así por el señor demandante a favor de aquél, en nombre del cual obra, no tiene el más leve asomo de comprobación en los autos".

La Sala considera:

Si como ya se dijo al examinar el primer cargo, de las pruebas tomadas en cuenta por el *ad quem* en la sentencia impugnada resulta que fue Romero Cortés el provocador, como lo deduce el señor Agente del Ministerio Público, mal puede

hablarse de que los hechos ocurrieron en una riña imprevista para el procesado.

En ningún error, por tanto, incurrió el fallador de segunda instancia al no reconocer la atenuante prevista en el artículo 384, del Código Penal.

A la consideración del demandante, de que los hechos apenas representan un segundo episodio de la riña ocurrida entre Neftalí y Arsenio veinte días antes, cabe señalar lo que la Corte dice en sentencia de 21 de octubre de 1949 *(G. J.*, t. LXVI, p. 727), a saber: "Repugna a la razón y a los principios jurídicos que pueda colocarse en la situación privilegiada de riña imprevista a quien, después de una pelea, sale en busca del arma, se provee de ella y regresa a reanudar el lance con su contendor de antes. En tal evento, la nueva riña no sólo es previsible y evitable, sino buscada y querida".

Este último cargo, propuesto con invocación de la causal segunda de casación, no está probado.

III. *Causal primera de casación.*

Como este motivo de casación lo aduce el demandante como consecuencia del resultado de la segunda causal prevista en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, es obvio que no habiendo prosperado ésta, aquélla también debe ser rechazada.

Así lo solicita el señor Agente del Ministerio Público.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, *no casa* la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de que se ha hecho referencia, y por la cual le fue impuesta al procesado Neftalí Romero Cortés la pena de ocho (8) años de presidio, más las sanciones accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Arsenio Céspedes Romero.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez Abad. - Con salvamento de voto, *Primitivo Vergara Crespo.*

Pioquinto León, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

El suscrito Magistrado no comparte la decisión adoptada por la mayoría de la Sala de *no casar* la sentencia acusada, proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, a que se hace referencia en dicho fallo, pues considera que la causal cuarta propuesta en la demanda, consistente en haber fallado en primera instancia el Juez 181 de Instrucción Criminal, como comisionado y dependiente del Ministerio de Justicia, ha debido acogerse, disponiendo reponer el procedimiento desde el auto de cierre de la investigación, como lo solicitó el demandante.

Las razones que me obligan a apartarme del criterio y de las conclusiones de la mayoría de la Sala, son las mismas expuestas en mis salvamentos de votos del 14 y el 16 de marzo del corriente año, por tratarse de los mismos motivos de impugnación ahora invocados en este proceso, con fundamento en la causal expresada.

Los argumentos que en dichos salvamentos expuse y que estimo de aplicación en el presente caso, son los siguientes:

"Considero que a la tesis de la llamada preclusión de la excepción de inconstitucionalidad, excepción que el actor alega en este caso con fundamento en lo dispuesto en el artículo 215 de la Constitución, para sustentar el recurso de casación, con invocación de la causal cuarta, no debe razonablemente dársele la aplicación general e irrestricta que la Sala le da en este caso, al afirmar que dicha excepción es improcedente ahora porque "los preceptos del Decreto 0012 de 1959, que el impugnante estima contrarios a la Carta, fueron declarados inexequibles por la Corte mediante sentencia de 24 de julio de 1961".

"Estimo que para saber hasta dónde es aceptable la tesis sobre la preclusión de la excepción

de inconstitucionalidad, que consiste en que después de que la Sala Plena de la Corte falla una acción de inconstitucionalidad, de conformidad con el artículo 214 de la Carta, no puede proponerse la excepción de inconstitucionalidad, que consagra el artículo 215 de la misma, se debe tener en cuenta, ante todo, el contenido de la sentencia proferida por la Sala Plena de la Corte en ejercicio de la atribución que le confiere aquel artículo.

"Así, si el fallo de la Corte resuelve que la norma legal acusada es exequible, y, por lo tanto, constitucional, es razonable y lógico que con posterioridad a dicho fallo, ni Juez, ni funcionario alguno, a quien la Constitución o la ley reviste de facultades jurisdiccionales, pueda negarse a aplicar dicha norma, ni por vía de excepción propuesta por quien se considere lesionado con su aplicación, pues ello equivaldría a permitir que se pudiera provocar una decisión jurisdiccional para desconocer la autoridad de cosa juzgada que el fallo de la Corte tiene en este caso, como toda sentencia firme, el cual, además, produce efectos *erga omnes*.

"Pero si por el contrario, la Sala Plena de la Corte declara inexequible o inconstitucional la norma legal acusada, no se ve por qué razón la sentencia que así lo decida pueda inhibir el posterior ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad, para obtener que no se aplique la misma norma que la Corte declaró inconstitucional.

"De aplicarse en este último caso la preclusión de la excepción de inconstitucionalidad se llegaría a la conclusión paradójica de que ninguna persona que se considere perjudicada por la aplicación de una norma legal que estime inconstitucional y que la Corte declaró inexequible, podría intentar la no aplicación de dicha norma, por vía de excepción en un proceso, precisamente por el motivo de que con anterioridad ya había sido declarada inexequible por la Corte Suprema, en sentencia que decidió acerca de la acción de inconstitucionalidad propuesta por cualquier ciudadano en ejercicio del derecho que le otorga el artículo 214 de la Carta.

"Por otra parte, no debe perderse de vista que la excepción de inconstitucionalidad que consagra el artículo 215 de la Carta, y que puede ejercitar toda persona natural y jurídica, aun cuando no sea ciudadano colombiano, es, ante todo, un medio de defensa que toda persona que se considere perjudicada en su derecho por la aplicación de una norma legal, inconstitucional, puede hacerlo valer en cualquier momento, en un proceso dado, y que por lo tanto, dicho medio de defensa debe permitirse en cuanto él no sea incompatible con una sentencia de la Sala Plena de la Corte, dictada al decidir sobre una acción de inconstitucionalidad.

"Por lo tanto, se concluye que el fallo de la Sala Plena de la Corte Suprema, de fecha 24 de julio del año pasado, que declaró inexequible el artículo primero del expresado Decreto, en la parte que facultó a los Jueces de Instrucción Criminal, dependientes del Ministerio de Justicia, para fallar en primera instancia como comisionados de este Ministerio, los procesos a que se refiere dicho Decreto, no inhibe en este caso el posterior ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad, que el actor propone en su demanda para impugnar la sentencia acusada con invocación de la causal cuarta de casación.

"No se trata tampoco de darle al fallo de la Corte efecto retroactivo, como lo entiende la Sala, con apoyo en jurisprudencia de la Corte, que cita, y de acuerdo con la cual los fallos que profiere esta entidad para desatar una acción de inconstitucionalidad no pueden tener efecto retroactivo en ningún caso, puesto que con la invocación de la excepción de inconstitucionalidad en este proceso, no se quebranta la autoridad de la cosa juzgada, por cuanto la sentencia impugnada no ha adquirido hasta ahora la dicha autoridad ni está en firme, pues 'una sentencia recurrida en casación, aunque se presuma legal o válida o jurídica, no puede decirse que haya quedado en firme, puesto que el recurso de casación interpuesto oportunamente con relación a ella, combate o ataca el principio de la cosa juzgada'.

"Estimo, por lo tanto, que la excepción de inconstitucionalidad propuesta por el actor, alegando que el fallo de primera instancia fue proferido por el señor Juez 119 de Instrucción Criminal, por comisión del Ministerio de Justicia, aplicando la autorización concedida al respecto por el artículo 1º del Decreto 0012 de 1959, que en esta parte es y fue declarada inexequible por la Corte, no debió rechazarse, sino por el contrario, dársele acogida y casarse la sentencia acusada, invalidando lo actuado desde el auto que cerró la investigación, a fin de que se repusiera lo actuado, pues el cargo de ser nulo el proceso por haber sido fallado en primera instancia por un Juez de Instrucción, quien obró por comisión del Poder Ejecutivo, Ministerio de Justicia, debe prosperar ya que el artículo 1º del citado Decreto, en dicha parte es violatorio de la Constitución, como lo sostiene y demuestra el demandante, entre otras razones, por los motivos que

al respecto la Sala Plena de la Corte expuso y tuvo en cuenta en su fallo del 24 de julio del año pasado para declarar inexequible la norma expresada.

"Como el suscrito acata los considerandos de dicho fallo, considera oportuno reproducirlos aquí en lo relacionado con el tema que se estudia, así:

" '5. No autoriza, pues, en modo alguno al Gobierno el artículo 61 de la Constitución para suplantar en cualquier grado la actividad jurisdiccional de la República con solo declarar turbado el orden público y el estado de asedio parcial o total. Es necesario, además, que objetivamente los Jueces no puedan cumplir su función privativa de administrar justicia.

" 'Si así no sucede, si en concreto los Jueces no están en circunstancias impeditivas del ejercicio de sus atribuciones, resulta evidente el desvío de poder cuando se confiere a las autoridades políticas la función de administrar justicia, constitucionalmente propia de los Jueces, mientras la perturbación en los hechos no sea de tal naturaleza grave que estén en incapacidad actual de ejercerla.

" 'Por consiguiente, la tarea de restaurar el orden público en tales eventualidades supone la remoción de los obstáculos de hecho que impidan la actividad jurisdiccional; pero de ningún modo y en ningún tiempo la creación de obstáculos de derecho que le cercenen o arrebaten sus atribuciones emanadas directamente de la Constitución Nacional.

" '6. Aparentemente la función falladora acumulada a la actividad instructiva confiere agilidad y presteza a la faena eliminatoria de los estados de violencia perturbadores del orden público. Pueden verse en la medida altas razones encaminadas al logro de la normalidad por el empleo de instrumentos adecuados a la pronta y eficaz lucha contra la delincuencia como garantía del sosiego público.

" 'Pero el examen institucional de la cuestión descubre el espejismo y no permite recibir el sistema profundamente perturbador que suplanta la actividad de los Jueces y les arrebata la competencia que de derecho y en los hechos están capacitados para ejercer; que en todo tiempo, y mayormente en casos de emergencia, puede y debe recibir todo el estímulo natural e indispensable para su oportuno, eficaz y ágil desempeño, con solo proveer por los cauces constitucionales todos los elementos morales y materiales en respaldo de función tan elevada, y todo el personal extraordinario que las circunstancias demanden; que con la justicia haya justicia, para contrarrestar debidamente el peligro de la violencia endémica, y atender y hacer frente al aumento de los procesos punitivos en curso, cuyos trámites, además, pueden hacerse tan rápidos como lo permita la salvaguardia del derecho de defensa ante Jueces competentes.

" 'No lo son en derecho, sino apenas circunstanciales, cuando fuera de los casos extremos que el artículo 61 contempla, la justicia se administra por funcionarios políticos, comisionados por la autoridad política con impacto directo que rompe todas las normas fundamentales que organizan la separación de los poderes públicos, no menos que el artículo 26 de la Carta, garante permanente, aun en las situaciones de más profundo desorden, del inalienable derecho de defensa.

" 'No cabría demostrar el imposible de que el ejercicio de la atribución constitucional de nombrar Jueces por los Tribunales del Distrito Judicial sea, en modo alguno, contrario al restablecimiento del orden público, o que dichas corporaciones se hayan denegado a cumplir esa función, o que estén dispuestas al nombramiento oportuno de tantos Jueces cuantos el Gobierno considere necesarios para atender circunstancias de emergencia.

" '7. Por consiguiente, si en contradicción con la estructura fundamental de la Carta, el Gobierno toma para sí atribuciones que a la Rama Jurisdiccional del Poder Público competen aun en estado de sitio, no hay incertidumbre en encontrar que el acto gubernamental, no obstante la notoria rectitud de intención y móviles patrióticos que lo inspiran, rebasa los poderes excepcionales que le otorga el artículo 121 para restablecer el orden público y viola las normas de la Constitución que ordenan el funcionamiento separado de los poderes públicos, aparte del artículo 26, en la garantía de defensa ante Juez competente, en cuanto a los textos del Decreto legislativo número 12 de 4 de junio de 1959, que otorgan a los llamados Jueces de Instrucción Criminal que actúen por comisión del Ministerio de Justicia, competencia para 'fallar en primera instancia', los procesos que el artículo 1º enumera y determina.

" 'Son, pues, inexequibles las atribuciones que con exceso de los poderes de simple policía, se conceden en el referido Decreto legislativo a los Jueces de Instrucción Criminal dependientes del Ministerio de Justicia, para administrar y fallar

en materias de competencia privativa de los jueces verdaderos' ''.

''De modo que la expresión 'ante Tribunal competente', empleada por el artículo 26 de la Constitución, debe entenderse con relación, no sólo a los Tribunales propiamente dichos, sino por extensión a los Jueces que forman parte de la Rama del Poder Judicial o Jurisdiccional, a los cuales la misma Carta confía, como misión propia y exclusiva, la función constitucional de administrar justicia; función que no puede desconocerles ni arrebatarles, ni aun con ocasión de una declaratoria del estado de sitio, el Poder Ejecutivo ni el Poder Legislativo, sin incurrirse en el quebrantamiento 'de las normas fundamentales que organizan la separación de los poderes públicos, no menos que el artículo 26 de la Carta, garante permanente, aun en las situaciones de más profundo desorden, del inalienable derecho de defensa'.

''Por lo tanto, la prerrogativa de ser juzgado únicamente por Juez 'competente', es decir, por quien tiene la misión constitucional de administrar justicia, con independencia y sin sujeción a los otros poderes públicos, constituye una verdadera garantía de orden constitucional, jurisdiccional, de la defensa de la libertad personal, que no se puede violar sin incurrirse en una nulidad de orden supralegal.

''Por esto expresa, con todo acierto, el constitucionalista argentino Rafael Bielsa que:

'' 'En todo ordenamiento, tanto jurisdiccional como procesal o dinámico, debe instituírse un sistema congruente con los principios y garantías de la Constitución, no sólo con el texto de ella, sino, y más que todo, con su espíritu jurídico-político, puesto que —y es obvio volver sobre ello— la Constitución es además de forma de gobierno, carta de garantías personales fundamentales.

'' 'Sobre el punto que ahora nos ocupa, consideramos que en este ordenamiento institucional, tanto en jurisdicción como procedimiento debe examinarse lo siguiente:

'' '1º Separación de la competencia administrativa, pues ella debe ser judicial;

'' '2º Libertad e igualdad en la defensa del imputado o del procesado, y aun en ciertos casos del condenado (la revisión del proceso y el fallo);

'' '3º Motivación de las decisiones judiciales.

'' 'La separación de la competencia de los poderes es esencial. Solamente puede juzgar y condenar en el derecho común, el Poder Judicial, es decir, los Jueces constitucionales. La potestad de la autoridad administrativa sólo concierne al ejercicio de sus poderes propios como el disciplinario, que tiene por objeto mantener el funcionamiento normal de la administración reprimiendo las faltas de los agentes administrativos (sean funcionarios o empleados), revocar sus decisiones, mejorar el organismo cuando la pena disciplinaria no mejora el órgano, puede también reprimir originariamente la transgresión de normas administrativas (penas de policía), y decimos originariamente, porque ellas son revisables por los Jueces judiciales, ya que en ningún caso el Poder Ejecutivo puede juzgar (art. 95 de la C. N.), y el Ejecutivo es el mismo Poder Administrador. Lo que no puede hacer el Jefe de la Administración, *a fortiori* no pueden hacerlo sus órganos dependientes. La ley no puede atribuír a estos órganos potestad judicial, sin violar el principio de separación de los poderes'.

''Por lo tanto, cuando en este proceso se dictó la sentencia de primera instancia por un funcionario perteneciente a la Rama Administrativa del Poder Público, de libre nombramiento y remoción del Ministro de Justicia, y como comisionado de dicho Ministro, que tampoco tiene la atribución constitucional de administrar justicia, y, por lo tanto, tampoco puede constitucionalmente delegar dicha función, no solamente se violaron palmariamente las normas fundamentales que organizan los poderes públicos, sino también el artículo 26 de la Carta, 'garante permanente, aun en las situaciones de más profundo desorden del inalienable derecho de defensa', como lo reconoció la Corte Suprema, Sala Plena, en el fallo citado del 24 de julio de 1961. Por igual motivo, es decir, por el quebrantamiento de las garantías procesales reconocidas por el artículo 26 de la Constitución, esta Sala, en numerosas ocasiones, ha reconocido y declarado nulidades supralegales y casado las sentencias en procesos en que se han violado dichas garantías''.

Bogotá, noviembre 14 de 1962.

Primitivo Vergara Crespo.

CONTINGENCIAS QUE PARA LA JUSTICIA PENAL HA CREADO LA LEGISLACION DEL DECRETO 0012 DE 1959 Y LA DECLARATORIA DE INEXEQUIBILIDAD PARCIAL DE ESTE ESTATUTO. — APLICACION DE LEY EXISTENTE EN EL MOMENTO DEL DELITO Y POR AUTORIDAD COMPETENTE. — ALCANCE DE LA CAUSAL SEGUNDA EN CASACION

1. La Sala reitera las doctrinas contenidas en varios de sus fallos acerca de las contingencias que para la justicia penal ha creado la legislación excepcional del Decreto 0012 de 1959 y la declaratoria de inexequibilidad parcial producida, que apenas modifica en parte el procedimiento a seguir contra los que delinquieron con posterioridad a tal estatuto, los cuales tienen que ser juzgados con el ritual allí previsto, sin que ello implique violación alguna de la Carta y menos que el concepto de favorabilidad los comprenda, porque éste obra para el tránsito de legislaciones, mas no tiene ninguna operancia cuando una ley posterior restrictiva tiene imperio en virtud de circunstancias que condicionan variaciones en el orden legal por motivos sociológicos, que imponen un régimen más riguroso que el que operó en otras oportunidades cuando no existían las causas que hicieron necesaria la modificación del régimen legal en cuanto al procedimiento se refiere.

No es dudoso que la ley pueda modificar el procedimiento para juzgar cuando las condiciones sociales o determinados factores existentes en un momento dado así lo indiquen. Comparar un procedimiento con el que regía antes para atribuír merma de los derechos de defensa y achacarle el quebrantamiento constitucional, es improcedente, por decir lo menos. Porque sean desfavorables al reo confrontándolas con las que regían con anterioridad, no se viola la Carta.

La Corte en la sentencia del 24 de julio de 1961, sobre el Decreto 0012, fue explícita en declarar la inexequibilidad de los artículos que le daban efecto retroactivo a dichas normas para procesos iniciados por delitos cometidos antes de su expedición, pero nada dijo en lo atinente con los procesos iniciados con posterioridad a su vigencia, porque la ley puede en cualquier momento que el legislador lo considere oportuno, modificar el procedimiento para juzgar, aun para hacerlo más rígido, siempre que no viole o desconozca arbitrariamente el derecho de defensa, extremo a que no llega el Decreto mencionado, como lo reconoció la corporación en aquel fallo, pues aunque suprime algunas garantías para el reo en orden a su defensa, por ejemplo la intervención del Jurado en casos en que el procedimiento ordinario lo exigía, no por ello conculcó los derechos primordiales de la defensa. Si bien los restringió con un régimen procesal de excepción más desfavorable, ello no implica que lo desconociera hasta el punto de que se quedara el reo sin defensa. Esta se opera con nuevas modalidades, pero no se suprime, que sería el caso patente de violación del artículo 26 de la Carta.

2. Los fundamentos en que se apoya el recurrente para alegar que el procesado en su juzgamiento careció de garantías para su defensa, porque se aplicó un decreto legislativo que viola la Constitución, ya que no existió en él la plenitud de las formas propias del juicio, carecen de razón. Se aplicó una ley existente en el momento del delito y ante Juez competente, que señala, es cierto, un procedimiento restrictivo en comparación con el Código ordinario, pero ello no viola precepto alguno constitucional porque en la fecha del delito estaba vigente, y es propia facultad del legislador, en un momento dado, modificar las formas del juzgamiento, que si no tienen efecto retroactivo, como algunas que fueron declaradas inexequibles del Decreto 0012 de 1959, mantienen, sin embargo, su cumplimiento para los hechos delictuosos cometidos dentro de su vigencia, sin que pueda alegarse

que por ser restrictivas o desfavorables quebranten los derechos de la defensa, desde luego que mientras no recaiga sobre ellas la inexequibilidad, son de necesaria aplicación en cuanto no sean derogadas, como aconteció con el levantamiento del estado de sitio, cuando automáticamente dejaron de regir.

Pero los juzgamientos efectuados dentro de su vigencia llenan las exigencias constitucionales, porque aquellas ocurrencias no les dan efectos ultractivos para modificar lo hecho cuando estaban vigentes.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, noviembre catorce de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A.).

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante sentencia proferida con fecha 31 de julio de 1961, condenó a José Manuel Zapata Mesa a la pena principal de ocho años de presidio y accesorias legales, como responsable del delito de homicidio en la persona de Idelfonso Quintana Villaquirán, hecho cometido en el barrio denominado "Fray Alfonso de la Concepción", del Municipio de Yumbo, en la noche del 3 de julio de 1960, confirmando con tal decisión el fallo proferido por el Juzgado Tercero Superior de aquel Distrito, según los trámites instituídos por el Decreto 0012 de 1959, con fecha 24 de noviembre del año últimamente citado.

Contra dicho fallo y en tiempo oportuno interpuso el defensor del procesado el recurso extraordinario de casación, el que fue admitido, y por medio de apoderado especial, el doctor Carlos E. Camacho E., se sustentó a virtud de demanda, la que reúne en su forma y fondo los requisitos legales pertinentes, por lo cual la Corte procede a decidirlo.

Hechos:

De las constancias procesales la narración que más fielmente describe las ocurrencias que culminaron en el homicidio está contenida en el precepto del señor Fiscal del Juzgado Tercero Superior, en la siguiente forma:

"Acontece que el 3 de julio último, y en el kiosco de la Jurado, se efectuó, presidida por el Alcalde y los miembros de la Junta Cívica del barrio denominado 'Fray de la Concepción Peña', una reunión tendiente a impulsar el progreso urbanístico de esa sección del poblado de Yumbo. Terminada la finalidad de la dicha reunión, los asistentes a ella resolvieron dedicarse a tomar cerveza y bailar en el kiosco hasta el extremo que, tocados ya por los efectos del licor, vieron en una trifulca originada por Zapata como provocador, en primer término al sujeto que se llama Francisco Tola, y en segundo término con el occiso Quintana Villaquirán, quien fue el que llevó la peor parte, puesto que, trenzados en una riña en que el sindicado se hallaba armado de un cuchillo, el occiso, en un principio inerme, se armó de dos botellas, con las cuales pretendió defenderse de las cuchilladas del sindicado, pero que con tan mala suerte que, al retroceder en defensa del arma homicida, tropezó en un andén, cayo sobre él, y allí en el suelo, caído y rendido, fue mortalmente acuchillado por el sindicado, con el resultado final de haber acabado con la vida de este muchacho de 22 años".

Demanda:

El libelo con la técnica requerida lo divide el recurrente en capítulos, el primero de los cuales está destinado a hacer un resumen de los hechos, prospectado de conformidad con las pretensiones del recurso, reseñando además como complemento las principales actuaciones procesales cumplidas dentro de la tramitación del proceso, con el fin de describir su parábola ritual seguida de acuerdo con los preceptos del Decreto 0012 de 1959.

El capítulo siguiente está dirigido a presentar la causal invocada de modo preferente, que es la cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que fundamenta en dos cargos, cada uno de los cuales lo constituye el planteamiento y la demostración del mismo, para luego de un resumen terminar con la petición que formula con base en ellos y que está contenida en el siguiente párrafo:

"Al presentar la acusación contra el fallo de segunda instancia, que condenó al procesado José Manuel Zapata Mesa a la pena de ocho años de presidio y demás penas accesorias, con mi acostumbrado respeto pido a la honorable Corte que *invalide* la sentencia recurrida, decrete la nulidad de la actuación a partir del auto de fecha 23 de noviembre de 1960, visible al folio 121, y devuelva el proceso al Juzgado 3º Superior de Cali, por conducto del honorable Tribunal Superior, para que se reponga el procedimiento".

El Capítulo III lo destina el recurrente a sustentar la causal segunda, que también invoca, presentando los fundamentos que le sirven para su planteamiento, la demostración del mismo, resumen de ellos y la petición, que es como sigue:

"... pido a la honorable Corte que *invalide* la sentencia recurrida y dicte en su lugar la que deba reemplazarla, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 570 del Código de Procedimiento Penal".

Como se indicó, al amparo de la causal cuarta son dos los cargos que formula la demanda. El primero se plantea así:

"La sentencia condenatoria proferida por el honorable Tribunal Superior de Cali, de fecha 31 de julio de 1961, por medio de la cual se condenó al señor José Manuel Zapata Mesa a la pena de ocho años de presidio, es violatoria del artículo 26 de la Constitución Nacional, en virtud de que el juzgamiento de dicho procesado se verificó siguiendo el procedimiento más restrictivo y desfavorable a sus intereses".

El segundo cargo lo concreta la demanda en la siguiente forma:

"La sentencia recurrida es violatoria de la ley en razón de que el procedimiento señalado en el Decreto 0012 de 1959 desapareció de la vida del derecho en virtud de la declaratoria de inexequibilidad de la honorable Corte Suprema de Justicia, de fecha 24 de julio de 1961, como se desprende de los resultados de la demanda de varios ciudadanos, encabezados por el doctor Gilberto Moreno".

Para fundamentar el primer cargo, el recurrente hace un análisis de las disposiciones del Decreto 0012, que considera "en extremo desfavorable a los intereses defensivos del procesado por cuanto que el ámbito de la defensa está recortado". En seguida cita, por vía de ejemplo, las disposiciones que en su sentir restringen los medios de defensa, para afirmar que de acuerdo con esas normas "el citado procedimiento quebranta la garantía constitucional consagrada en la Carta Fundamental, en lo tocante al derecho de defensa a que tiene derecho todo procesado y a que en su favor se prefiera el procedimiento más favorable".

Agrega que si en el caso de autos "en lugar del procedimiento breve y sumario señalado en el artículo 3º del Decreto 0012 de 1959, hubiera gozado de las garantías del procedimiento ordinario, su situación jurídica se hubiera modificado sustancialmente", afirmación que respalda con una confrontación de las disposiciones que rigen en ambos procedimientos, para concluír después de analizar la bondad del Tribunal de Conciencia como instrumento adecuado para la defensa del procesado, por la mejor comprensión que tiene de muchas circunstancias y modalidades que puede presentar un homicidio, afirmando:

"En el caso de mi patrocinado, si se le hubiere juzgado con observancia del procedimiento ordinario, se le hubiera dado mejores oportunidades de hacer valer sus derechos. El defensor en el acto de la audiencia pública hubiera tenido oportunidad de alegar, por ejemplo, una legítima defensa o una riña imprevista, o también un estado de ira o intenso dolor ocasionados por grave e injusta provocación de Idelfonso Quintana Villaquirán...".

Y termina:

"Con un procedimiento como el señalado en el Decreto 0012 de 1959 se quebranta el derecho de defensa del procesado y se viola el artículo 26 de la Constitución Nacional que ordena 'la plenitud de las formas' en la ritualidad de los juicios penales y la observancia de la ley más favorable a los intereses del procesado, aun cuando esta sea posterior al delito que se le impute" (art. 44 de la Ley 153 de 1887).

"No hay lugar a dudas que el procedimiento empleado en el juzgamiento de José Manuel Zapata Mesa es contrario a la Constitución Nacional, porque no se le facilitó el medio de 'aducir pruebas' y porque con la supresión de los alegatos orales en el acto de la audiencia pública, se llevó al ánimo de los ciudadanos la convicción de que si al procesado se le hubiera defendido convenientemente en un debate oral, hubiera podido demostrar su inocencia ante los Jueces de hecho".

Resume el cargo así:

"Impugno la sentencia recurrida por ser violatoria del artículo 44 de la Ley 153 de 1887, en razón de que cuando el acusado José Manuel Zapata Mesa delinquió regía el procedimiento ordinario más favorable al procesado, en lugar del procedimiento prescrito en el Decreto 0012 ya citado".

Segundo cargo. El actor para fundamentar este segundo aspecto de la cuestión en el sentido de la nulidad supralegal que demanda, cita, en primer término, el artículo 10 del Decreto 0012, para argumentar:

"Como el proceso seguido contra José Zapata Mesa se inició con posterioridad a la vigencia del Decreto 0012 de 1959, los actos procesales se

rigieron por las normas del mismo Decreto, tenemos que en virtud de la declaratoria de inconstitucionalidad del mismo verificada por la honorable Corte con fecha 24 de julio de 1961, tenemos (sic) que el procedimiento seguido contra el imputado recurrente está viciado de nulidad supralegal, porque si el citado Decreto dejó de tener operancia jurídica, ella se debe hacer extensiva a todos los procesos en observancia al principio constitucional más favorable".

Se extiende luego la demanda en otras consideraciones que con diferentes palabras expresan idénticos conceptos, como que la decisión de la Corte de la fecha atrás citada dejó sin vigencia el Decreto tántas veces mencionado, y siendo desfavorable y restrictivo, deberá invalidarse la sentencia para que siga el procedimiento ordinario, nulidad que implica que se aplique "en toda su integridad el mandato del artículo 26 de la Carta, dándole al procesado nueva oportunidad para defenderse, aplicándole un procedimiento más favorable, porque 'en materia criminal la ley favorable o permisiva prefiere a la odiosa o restrictiva, aunque aquélla sea posterior al tiempo en que se cometió el delito' ". (Art. 44 de la Ley 153 de 1887).

Termina con la petición que ya antes fue transcrita, esto es, que se invalide la sentencia recurrida por nulidad supralegal.

Se contesta:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal replica la demanda en lo atinente a los dos cargos formulados al amparo del artículo 26 de la Constitución, para impetrar la nulidad invocada, con la cita muy pertinente de dos recientes sentencias de esta Sala de la Corte, en las cuales se analizan con fundamentales motivos jurídicos los alcances de la declaratoria de inconstitucionalidad que la Corte Plena dio a algunas disposiciones del Decreto 0012 y las consecuencias que en el orden jurídico produce aquella declaratoria, lo mismo que la imposibilidad en que se encuentra la corporación para dejar de cumplir normas que no fueron declaradas inexequibles, y que por lo mismo tienen plena vigencia para los procesos iniciados con posterioridad al Decreto por delitos cumplidos durante el lapso en que estuvieron en vigor.

Dentro de la motivación del presente fallo y para efectos de una necesaria y pertinente economía procesal, la Sala reitera las doctrinas contenidas en dichos fallos, porque responden con propiedad a los mismos temas aquí propuestos y porque son la exacta definición de los fenómenos suscitados alrededor de las contingencias que para la justicia penal ha creado la legislación excepcional del Decreto 0012 y la declaratoria de inexequibilidad parcial producida, que apenas modifica en parte el procedimiento a seguir contra los que delinquieron con posterioridad a tal estatuto, los cuales tienen que ser juzgados con el ritual allí previsto, sin que ello implique violación alguna de la Carta, y menos que el concepto de favorabilidad los comprenda, porque éste obra para el tránsito de legislaciones, mas no tiene ninguna operancia cuando una ley posterior restrictiva tiene imperio en virtud de circunstancias que condicionan variaciones en el orden legal por motivos sociológicos, que imponen un régimen más riguroso que el que operó en otras oportunidades cuando no existían las causas que hicieron necesaria la modificación del régimen legal en cuanto al procedimiento se refiere.

No es dudoso que la ley pueda modificar el procedimiento para juzgar cuando las condiciones sociales o determinados factores existentes en un momento dado así lo indiquen. Comparar un procedimiento con el que regía antes para atribuír merma de los derechos de defensa y achacarle el quebrantamiento constitucional, es improcedente, por decir lo menos. Porque sean desfavorables al reo confrontándolas con las que regían con anterioridad, no se viola la Carta. Ella se infringiría si siendo favorables se aplicaran a hechos cometidos antes de su vigencia, porque la ley no tiene efecto retroactivo cuando de favorabilidad en materia criminal se trata. La misma cita que hace la demanda de alguna doctrina del Tribunal Superior Militar así lo indica. Basta transcribir sus términos, tomados del texto de aquélla, para demostrarlo. Dice:

"Esto, porque en el momento de la comisión de un delito queda determinado el Juez y el procedimiento aplicable, de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 de la Carta, según el cual 'nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio', *salvo que la ley posterior sea permisiva o favorable, pues como lo dispone la misma norma citada, en materia criminal se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.* (Casación del Agente de Policía Miguel A. Crispín Ruiz. Tribunal Superior Militar). (Las subrayas son del texto).

Esta misma cita se vuelve contra las argumentaciones de la demanda, porque en el caso se aplicó un procedimiento restrictivo en comparación con otro, más desfavorable al reo, pero

con sujeción a preceptos *posteriores* que rigen al tiempo de la comisión del hecho, cosa diferente del caso en que siendo cometido éste con anterioridad, se aplicaran normas más rigurosas, que es la situación que contempla la jurisprudencia trancrita en la demanda.

La Corte en la sentencia del 24 de julio de 1961, sobre el Decreto 0012, fue explícita en declarar la inexequibilidad de los artículos que le daban efecto retroactivo a dichas normas para procesos iniciados por delitos cometidos antes de su expedición, pero nada dijo en lo atinente con los procesos iniciados con posterioridad a su vigencia, porque la ley puede en cualquier momento que el legislador lo considere oportuno, modificar el procedimiento para juzgar, aun para hacerlo más rígido, siempre que no viole o desconozca arbitrariamente el derecho de defensa, extremo a que no llega el Decreto mencionado, como lo reconoció la corporación en aquel fallo, pues aunque suprime algunas garantías para el reo en orden a su defensa, por ejemplo la intervención del Jurado en casos en que el procedimiento ordinario lo exigía, no por ello conculcó los derechos primordiales de la defensa. Si bien los restringió con un régimen procesal de excepción más desfavorable, ello no implica que lo desconociera hasta el punto de que se quedara el reo sin defensa. Esta se opera con nuevas modalidades, pero no se suprime, que sería el caso patente de violación del artículo 26 de la Carta.

Con innegable habilidad discursiva el recurrente intenta establecer una pretendida actividad jurídica de tipo ultractivo, para dar a la sentencia de la Corte Plena que declaró inexequibles algunas disposiciones del Decreto 0012, el alcance de que ello implica la total inexistencia legal de todas esas normas, aunque ellas no fueron consideradas como inconstitucionales, porque resultan desfavorables para el reo y violan la Carta por este concepto. Implícitamente pretende una sugestión para que en el caso se haga uso por la Sala del artículo 215 de la Constitución. Ya en las sentencias a que se ha hecho referencia y que transcribe la Procuraduría, se determina la inoperancia de esta petición, y además porque los artículos 214 y 215 no son incompatibles sino complementarios, y ejercida por la Corte la atribución conferida en el primero, precluye la que otorga el segundo, so pretexto de inconstitucionalidad.

Una lectura cuidadosa por parte del impugnador de la sentencia en cita lo habrá convencido de que no todas las normas que la demanda invoca como desfavorables a los derechos de defensa fueron declaradas inexequibles a pesar de que la acusación versó sobre otros muchos textos, que ahora el recurrente pretende considerar como tales por decisión de la Corte, sin que ello sea exacto. En efecto, el numeral 3º de la parte resolutiva del fallo en cuestión, dice:

"*Tercero*. Son *exequibles* en todo lo demás los relacionados artículos 1º, 2º, 3º, 8º, 10, 11 y 24; lo mismo que son *exequibles* en su integridad el parágrafo del artículo 5º y los artículos 6º, 7º, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 26, 27, 28, 30 y 32 del Decreto legislativo número 12, de 4 de junio de 1959".

Precisamente, sobre el quebrantamiento del derecho de defensa, que tanto recalca la demanda y en que se basa de manera principal la sustentación de la nulidad supralegal que alega, fue enfática la Corte en afirmar:

"10. Para la Corte, cuando el artículo 26 de la Constitución estatuye que 'nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio', reconoce y consagra en todo tiempo el derecho individual de defensa, pero no señala las formas propias de cada juicio. *Es normal el trámite plenario por su amplitud a través de numerosas etapas: pero extraordinariamente puede ser conducente y necesario el proceso de actuación acelerada. Lo que importa en esencia es que el acusado sea oído y vencido en juicio, conforme a la ley preexistente al acto que se imputa y por Juez competente*". (Las subrayas no son del texto).

"... ahora bien, conforme al sistema del Decreto número 12, el sindicado tiene audiencia dentro del informativo; el fallo de primera instancia debe concretarle los cargos con mayor precisión que si se tratara de un auto de proceder; es oído en segunda instancia, y dentro del ámbito propio del recurso extraordinario es oído también en casación. De modo que si los trámites se aceleran, no por esa causa se sacrifica o lesiona el derecho de defensa que la Carta asegura a los hombres".

Más adelante agrega la Corte:

"14. No por ser restrictivas o menos favorables las disposiciones del Decreto, comparadas con las del derecho procesal común suspendidas en los Departamentos que aún se hallan en estado de sitio, se ha de seguir necesariamente el quebranto de la Constitución. El derecho de defensa subsiste garantizado, aunque no de modo tan amplio como en la legislación ordinaria. La

Constitución lo consagra: 'nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio'; reconoce y consagra el derecho, pero no da la medida exacta de su ejercicio, ni ha determinado las formas que componen cada uno de los juicios, motivo por el cual ello corresponde al Congreso, como antes se expuso. Y en caso de emergencia al Gobierno, en uso de las facultades del artículo 121, y si bien no puede suprimir el derecho, está eventualmente facultado para acondicionar su ejercicio a la suprema necesidad de restablecer el orden. No podrá deducirse de los textos acusados, la cancelación de tan elemental como básica garantía ciudadana, sino el empleo de un conjunto de medidas encaminadas a remover obstáculos que dificultan la represión de la violencia, medidas claramente adecuadas en épocas de emergencia, como la presente, cuyos rasgos característicos denotan escasa madurez política en la nación, en daño invaluable para la unidad de acción y en perjuicio del desarrollo armónico de su potencia cultural y económica. Una prueba palpitante de que se conserva garantizado el derecho de defensa es la de que ya han sido infirmados por la Corte varios fallos proferidos por los Tribunales Superiores en los procesos ventilados, según el Decreto número 12.

"En síntesis: las disposiciones del Decreto consideradas en este capítulo, proveen a la reglamentación de un juicio que consta de dos instancias, asistido el procesado por apoderado que nombra libremente; que vela en la etapa sumarial por una instrucción recta; alega tanto en la primera como en la segunda instancia; recurre de la sentencia de primer grado para ante el Tribunal Superior; solicita de éste la práctica de las pruebas que juzgue necesarias a la defensa, y demanda en casación, si fuere el caso. No puede decirse, en verdad, que haya sido sustituído de garantía constitucional quien puede servirse de estos medios para defender su libertad".

Por donde resulta que los fundamentos en que se apoya el recurrente para alegar que el procesado en su juzgamiento careció de garantías para su defensa porque se aplicó un decreto legislativo que viola la Constitución, ya que no existió en él la plenitud de las formas propias del juicio, carecen de razón. Se aplicó una ley existente en el momento del delito y ante Juez competente, que señala, es cierto, un procedimiento restrictivo en comparación con el código ordinario, pero ello no viola precepto alguno constitucional porque en la fecha del delito estaba vigente y es propia facultad del legislador, en un momento dado, modificar las formas del juzgamiento, que si no tienen efecto retroactivo, como algunas que fueron declaradas inexequibles del Decreto 0012, mantienen, sin embargo, su cumplimiento para los hechos delictuosos cometidos dentro de su vigencia, sin que pueda alegarse que por ser restrictivas o desfavorables quebranten los derechos de la defensa, desde luego que mientras no racaiga sobre ellas la inexequibilidad, son de necesaria aplicación en cuanto no sean derogadas, como aconteció con el levantamiento del estado de sitio, cuando automáticamente dejaron de regir.

Pero los juzgamientos efectuados dentro de su vigencia llenan las exigencias constitucionales, porque aquellas ocurrencias no les dan efectos ultractivos para modificar lo hecho cuando estaban vigentes.

Quedan así estudiados los dos cargos formulados al amparo de la causal cuarta, porque corresponden casi a idénticos planteamientos aunque por distintos caminos y ya que otras digresiones de la demanda, más se dirigen a hacer una apología del Jurado y a recabar sobre su conveniencia en esta clase de juicios, apreciaciones que corresponden a las personales convicciones e ideas del actor, pero que no conllevan nada procedente para el fondo mismo de los planteamientos que el caso requiere, de los cuales los más importantes se han expuesto para motivar esta providencia.

Por lo expuesto, no prospera el cargo de nulidad supralegal invocado en la demanda.

Causal segunda. Errada interpretación de los hechos por no deducir circunstancias eximentes o modificadoras de la responsabilidad del procesado.

El principal motivo de impugnación por este aspecto lo hace consistir el actor en la crítica que formula a la manera como los Jueces de instancia apreciaron los elementos de juicio para condenar a Zapata Mesa, sin tener en cuenta circunstancias favorables que por lo menos tendían, dado el desarrollo de los hechos, a constituír una merma de su responsabilidad, la que le fue reconocida sin atenuación alguna al condenársele por un homicidio simplemente voluntario, sin circunstancias modificadoras que incidieran en la dosificación de la pena, como la riña imprevista y la ira o el intenso dolor producidos por grave e injusta provocación.

De este planteamiento concluye que la sentencia recurrida "dejó de tomar en cuenta hechos

debidamente acreditados dentro del proceso que son eximentes de responsabilidad del procesado o por lo menos modificadores de la responsabilidad del autor del delito".

"Y señala como tales —dice la Procuraduría— los siguientes elementos del acervo probatorio de los autos:

"a) La diligencia de necropsia, de la cual se transcriben los datos referentes a las cinco lesiones recibidas por el occiso.

"b) La declaración de Mario Carvajal Flórez, del folio 23 del cuaderno número primero.

"c) Una parte de la diligencia de reconstrucción de los hechos, que contiene el señalamiento hecho por el procesado, y

"ch) El dictamen médico del folio 102, ibídem, que trata sobre la lesión recibida por el procesado.

"A esta enumeración se le da término anotando que 'los testimonios de Francisco Tola y Alfonso Muriel no merecen ser tenidos en cuenta en razón de que no son dignos de credibilidad".

Comenta sobre este aspecto de la demanda la Procuraduría lo que esta Sala acoge y transcribe en seguida:

"Sin embargo, ocurre que al procederse a sostener lo dicho, se habla también de que 'las anteriores probanzas no fueron analizadas en debida forma por el honorable Tribunal Superior en la sentencia recurrida, por cuanto que de ellas surge la comprobación legal de que el verdadero provocador e iniciador de los hechos fue el señor Idelfonso Quintana Villaquirán'.

"Y, a su vez, según su personal criterio, desde sus propios puntos de vista y teniendo en cuenta las miras que se propone al sustentar el recurso de casación, el demandante ofrece la fórmula o manera cómo, según él, ha debido imterpretarse la declaración del señor Carvajal Flórez, pero partiendo de la condición o supuesto de que Quintana Villaquirán hubiera querido permanecer insensible e indiferente a los hechos que ocurrían a su alrededor, que 'si se está quieto en su sitio' nada le hubiera ocurrido, 'nada hubiera sucedido'. Es decir, que se hubiera dejado al buscarruidos ebrio, que llegó a perturbar la cordial reunión cívica de los vecinos del barrio, que obrara a su arbitrio, pues de otra forma sería el provocado y no el provocador; que se presentaría para tal elemento perturbador el caso de una riña 'imprevista', ya que él no preveía o presumía que su actitud no fuese acatada, que su voluntad no fuese admitida, y que los contertulios no se le sometiesen a su conducta desordenada e irrespetuosa.

"Las jurisprudencias de la honorable Corte, con las cuales el señor abogado demandante pretende respaldar sus asertos, no vienen precisamente al caso, porque aquí no se confronta duda alguna en torno a la condición de provocador que fue propia del matarife ebrio que figura como acusado, y quien con su implemento de trabajo —peligrosa arma blanca de por sí, y de la cual no se desprendía— penetró a donde no estaba invitado, a una reunión de vecinos, a la cual no pertenecía, produciendo el desorden y perturbando la paz, etc.".

"Alegar, como lo hace el señor demandante, que su patrocinado fue el provocado; que éste se vio envuelto en una riña para él imprevista; que obró en 'estado de ira e intenso dolor por grave e injusta provocación'; que careció de una 'completa frialdad de ánimo' al actuar; que no tuvo el 'propósito de matar'; que obró 'bajo una completa perturbación emocional'; que le faltó 'la libertad moral necesaria' que pudiera haber servido para considerarlo responsable, etc.: a la verdad que no es más que enumerar unos cuantos conceptos jurídicos, algunos de ellos contradictorios entre sí doctrinal y científicamente, y los cuales en vez de hacer flaquear el fallo acusado, lo que evidencia es la duda y algo de inseguridad en las pretensiones y raciocinios del señor demandante".

Por lo demás, la afirmación del recurrente de que en las instancias los Jueces no apreciaron las circunstancias que podían ser favorables al procesado está desmentida en autos. Tanto el señor Juez Tercero Superior de Cali, como el Tribunal fueron explícitos y claros en la determinación de las circunstancias en que se cumplió el delito y valoraron los hechos y las pruebas que los respaldaban, como conviene a los intereses de la justicia, sin dejar de escudriñar los aspectos todos que fueron motivo de debate, como la existencia de condiciones eximentes o modificadoras de la responsabilidad, para concluír que no podían admitirse, toda vez que los autos no permitían llegar a esos extremos.

Al efecto, el Juzgado Superior hizo un minucioso análisis de los hechos, para determinar el desarrollo de ellos y la forma como ocurrieron, a fin de colocar la responsabilidad del procesado en el sitio correspondiente en orden a las modalidades del delito para efectos de la sanción, vale decir, si en la conducta de Zapata Mesa obraron circunstancias para legitimarla, modifi-

carla o atenuarla, o por el contrario no ocurre ninguna para tales efectos.

Dice el *a quo:*

"Toda la prueba indica que José Manuel Zapata Mesa fue el provocador de los graves incidentes ocurridos en el kiosco de Julia Jurado de Jaramillo la noche de autos. Primero tuvo un incidente con Francisco Tola y, posteriormente, provocó la reacción de Idelfonso Quintana Villaquirán como claramente lo relata el testigo Marino Carvajal o Mario Carvajal, cuyo testimonio se encuentra apoyado por los resultados de las constataciones de los peritos y del funcionario que practicaron la diligencia de inspección ocular al sitio de los hechos en desarrollo de la investigación. Idelfonso Quintana Villaquirán al tomar dos envases de cerveza para defenderse sólo trató de repeler la agresión de José Zapata Mesa, tanto más injusta cuanto que entre los dos no había mediado discusión alguna a raíz del incidente entre Zapata Mesa y Francisco Tola. Quiso la mala suerte que Idelfonso Quintana tropezara en el suelo y cayera, momento éste que fue aprovechado por Zapata Mesa para caer sobre él y darle varias puñaladas. Quintana Villaquirán en plan defensivo como se encontraba había golpeado ya con las botellas que esgrimía a Zapata Mesa, que cada vez se le acercaba más en busca de una lucha cuerpo a cuerpo. El retroceder y el cuidado que Quintana Villaquirán tenía que poner a los movimientos de su armado agresor hicieron que se enredara y cayera. Ante esta baja de la defensa el sindicado aprovechó para hundir varias veces en sus carnes el cuchillo que portaba.

"José Manuel Zapata Mesa cometió entonces el delito de *'homicidio'*, sin atenuantes y sin agravantes. Sin atenuante alguno porque él mismo, embriagado como estaba, provocó los incidentes que llevaron al fatal desenlace, motivo por el cual es imposible alegar a su favor una riña imprevista que necesitaría para ser considerada como atenuante el ser provocada por la víctima. La víctima simplemente tomó dos envases, en actitud defensiva, ante el ataque de José Manuel Zapata Mesa".

Por su parte el Tribunal, al confirmar la sentencia de primer grado, sin modificación alguna, porque acepta las conclusiones del juzgador de primera instancia, hace un detallado resumen de los hechos para sustentar las razones que tuvo en cuenta en orden a descartar en el ilícito circunstancias favorables al reo, pues de esos hechos deduce que la apreciación del Juez *a quo* no resulta equivocada, y que "tales probanzas sustentan la sentencia que se revisa".

Para concluír reitera la Sala una vez más lo que ha pronunciado en casos semejantes, para fijar el alcance de la causal segunda, a fin de que quede claro que para invocar esa causal y hacerla viable, en la prosperidad del recurso de casación, se necesitan condiciones de especial naturaleza, que rebasan el límite de las particulares apreciaciones del recurrente para entrar en campos más amplios de discriminación probatoria, a la cual no son ajenos los falladores de instancia, porque sólo cuando incurran en un error manifiesto o protuberante, que incida directa y principalmente sobre lo arbitrario o injusto, o en lo incongruente y absurdo, puede entonces operar una causal cuyo fundamento jurídico se basa precisamente en evitar el error judicial. Cuando ello no ocurre —como en el caso— su viabilidad no puede ser reconocida.

En sentencia de 8 de mayo del presente año, esta Sala dijo lo siguiente:

"La Corte ha venido dando en diferentes fallos anteriores, contenido doctrinal a la causal aludida, para fijarla dentro de sus estrictos límites legales. Ello porque es apenas lógico que la apreciación de la prueba en un proceso produzca discrepancias entre los que tienen como misión administrar justicia y aquellos que obran en calidad de apoderados o defensores de quienes tienen que sufrir los efectos de esa justicia. Por eso la sola discrepancia de pareceres no da fundamento a la causal que se estudia. Lo que sí se lo otorga, realmente, es que la parte interesada en la invalidez del fallo demuestre que es errada y arbitraria la valoración del *ad quem* de la prueba del proceso, porque los elementos de juicio recogidos en él no conduzcan a la convicción necesaria para condenar o, evidentemente, existe una duda razonable sobre la responsabilidad del agente, que por no ser posible eliminar, lleva a la abstención del fallador.

"No basta hacer la crítica de una determinada prueba; es indispensable establecer que esa crítica es certera. Si carece de este atributo no puede servir de soporte a una valoración que se acomoda a distintas contingencias, que por habérselas apreciado como corresponde, no llevan a conclusiones equivocadas. Es manifiesto en este proceso que el Tribunal apreció la prueba con criterio certero, pues al valorarla para deducir la responsabilidad de Rodríguez Carvajal, no incurrió en equivocación protuberante ni arbitrariedad de cargo que demuestren la verdad de esta afirmación.

"A la personal apreciación del recurrente no puede quedar la afirmación escueta de que el Juez se equivocó. Es preciso algo más, y esto no se consigue sino demostrando en la demanda, con argumentos idóneos y vigorosos, la razón de tal aserto. De otra manera la causal segunda, concebida sin limitación, desvirtuaría la razón de ser de las instancias, y lo que es más grave, eliminaría el prudente arbitrio de los Jueces para equilibrar la justicia con la ley, y aquélla con las pruebas del proceso".

Con lo anterior se concluye que tampoco prospera la causal segunda invocada.

DECISION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, *no invalida* el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, de fecha 31 de julio de 1961, a que se ha hecho referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial.*

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

FINALIDAD ESENCIAL DE LA NOTIFICACION PERSONAL DEL AUTO DE PROCEDER. — SU OMISION ESTA ERIGIDA POR LA LEY EN NULIDAD RELATIVA

Cuando el artículo 170 del Código de Procedimiento Penal ordena que el auto de proceder se notifique personalmente al procesado y a su defensor, persigue la finalidad esencial de que quien ha sido residenciado en juicio conozca los cargos que en aquél se le formulan y, en consecuencia, pueda defenderse. En otros términos, que no se le sorprenda con una providencia de tan acusada importancia procesal. Por ello la omisión del precepto contenido en la disposición citada está erigida por la ley (numeral 3º del artículo 198, ibídem) en motivo de nulidad, que no es absoluta, sino relativa, por cuanto desaparece "si habiendo comparecido el reo en juicio no la reclama dentro de los treinta días siguientes a aquel en que se le haya hecho la primera notificación personal". Por tanto, proferido el llamamiento a juicio y apersonados en el mismo el procesado y su defensor, aquella sorpresa es imposible.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diez y seis de noviembre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos:

Mediante sentencia del diez y siete de agosto de mil novecientos sesenta y uno, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué confirmó plenamente la proferida por el Juzgado Primero Superior de la ciudad nombrada, el nueve de marzo del mismo año, en virtud de la cual fueron condenados Ricardo Sierra Suárez, *Antonio José Castro* o *Toño Castro,* Oliverio Gil Peralta y Mariano Cristancho "a purgar la pena de diez (10) años de presidio como responsables y coautores del delito de 'homicidio imperfecto' con características de asesinato, perpetrado en la persona de Jesús María Velásquez López", y *Juan* o *José de Jesús González Cardona* a trece (13) años de presidio, también "como coautor del 'homicidio imperfecto' con características de asesinato, cometido en la persona de Jesús María Velásquez López, y como único autor del delito de lesiones personales en Rosalbina Torres de Velásquez", penas principales a las cuales se agregaron las accesorias correspondientes.

Contra el fallo de segunda instancia interpusieron el recurso extraordinario de casación los procesados Castro y González Cardona, el cual fue debidamente concedido por el *ad quem* en providencia del tres de noviembre de 1961, visible al folio 352 del cuaderno primero.

Admitido el recurso por la Corte, fue oportunamente sustentado mediante apoderado especial, quien a nombre de los recurrentes, presentó las demandas que aparecen de folios 14 a 20 y 21 a 26 del cuaderno segundo. Obtenida la respectiva respuesta del Ministerio Público, representado en este caso por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, y cumplido, en suma, el trámite propio del asunto, procede esta Sala a decidir.

Antecedentes:

Los hechos a que se contrae el proceso fueron cometidos en la tarde del veintiuno de octubre de mil novecientos cincuenta y uno, en la vereda de El Paujil, jurisdicción municipal de Villahermosa, Departamento del Tolima. En acertada síntesis fueron expuestos por el Tribunal de Gracia en concepto del 18 de mayo de 1959:

"En las horas de la tarde del día memorado se presentó a la casa de Jesús María Velásquez, donde funcionaba una como a manera de fonda, un grupo de individuos, entre los que se encontraban Castro y González, sin que se sepa a ciencia cierta cuál era el motivo de la visita. Como no se encontrara en la casa Velásquez, pi-

dieron a Rosalbina que les sirviera algunos refrescos y unos panes, y que les prestara los tejos para jugar turmequé, como lo hicieron. A poco llegó Velásquez con una de sus hijas, y Mariano Cristancho le solicitó que le hiciera la cuenta de lo que le debía para pagárselo; cuando se aprestaba a ello, Medardo Granada le solicitó que le atendiera dos palabras fuera de la casa, y en cuanto Velásquez estuvo a su alcance le propinó un machetazo en el cuello, con el cual lo derribó. Inmediatamente todos los componentes del grupo se lanzaron contra el indefenso Jesús María y lo acribillaron con sus armas (machetes o peinillas), causándole más de veinticinco heridas en todo el cuerpo, con lo que lo dejaron exánime. Se alejaron de la fonda, dándolo por muerto sin duda, pero a poco regresaron y Mariano Cristancho le hizo un disparo de revólver, sin hacer blanco en la víctima. Todos los partícipes, entre ellos los reclamantes, fueron reconocidos sin lugar a ninguna duda'' (fls. 8 y 9, cuaderno 2º).

A propósito de los hechos expuestos en el anterior resumen, importa reproducir aquí las siguientes observaciones, consignadas por el señor Procurador en su respuesta a las demandas de casación:

''No está por demás afirmar desde ahora —dice— que al solicitar los citados Castro y González Cardona la gracia de la suspensión de la acción penal en el proceso a ellos seguido, reconocieron plenamente su responsabilidad y culpabilidad, porque aceptaron haber delinquido determinados por motivos de índole política u 'orígenes políticos'.

''Tampoco huelga poner de presente los antecedentes judiciales que existen contra los dos sindicados recurrentes, y a los cuales antecedentes se refieren los folios 5, 7 vto., 78, 79, 113, 117 vto., 137, 163, 174, 175 y 238'' (fl. 32, cuad. de la Corte).

Las demandas de casación.

Se ciñen a la técnica propia del recurso. Aunque fueron presentadas separadamente, en ambas se invoca, como causal única, la prevista en el numeral 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal: ser la sentencia acusada violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad. En uno y otro de los libelos son idénticos los motivos de impugnación, y, salvo variaciones en el léxico empleado, los argumentos ofrecidos por el actor para sustentarlos se identifican en el fondo.

Después de presentar un breve resumen de los hechos delictuosos que dieron origen al proceso, el impugnador comenta circunstanciadamente el curso de la actuación procesal, con la finalidad de destacar las irregularidades que luego le servirán para plantear la controversia.

Dos son, en síntesis, los motivos de impugnación propuestos contra el fallo recurrido.

Consiste el primero en relievar que por razón de los hechos a que se contrae este proceso, fueron iniciadas dos investigaciones: la primera, con fundamento en la denuncia formulada por la señora Rosalbina Torres, cuyo paradero y resultados se ignoran; y la segunda, sobre la cual se desarrolló el presente negocio, debida a la denuncia que después de tres años de los sucesos presentó el señor Jesús María Velásquez López.

El segundo cargo radica en no haberse notificado legalmente, en sentir del impugnador, la providencia por medio de la cual el Tribunal Superior de Ibagué modificó, disminuyéndole la gravedad al delito imputado, el auto de proceder, ya que la dicha providencia de segundo grado sólo se notificó personalmente a los detenidos Castro y González Cardona, pero no a sus defensores.

Las razones con que la acusación sustenta el primer cargo aparecen expuestas con mayor amplitud en los siguientes pasos de la demanda presentada a nombre de González Cardona:

''Por los hechos criminosos ocurridos en la casa del señor Velásquez se iniciaron dos investigaciones: la que dio lugar a la denuncia presentada por doña Rosalbina Torres y la que dio lugar la presentada por el señor Velásquez, que es ésta. Estos hechos procesales constan de manera expresa en el expediente, como puede fácilmente comprobarse y como lo puse de presente en mi anterior demanda de casación.

''Es lógico suponer, que al tener el Juzgado conocimiento de que ya estaba en curso una investigación por las heridas causadas a Velásquez y a su señora, ha debido suspender la presente investigación y averiguar por todos los medios a su alcance el paradero de la anterior sumaria para conocer sus resultados. Pero no se hizo así, lo que da base para afirmar que se ha juzgado a una persona dos veces por el mismo delito, lo que es abiertamente inconstitucional y contrario a todo principio jurídico y legal.

''Si ya estaba iniciada la investigación, desde ese momento los funcionarios competentes para conocer del delito adquirieron la capacidad de administrar justicia a los sindicados. Los que posteriormente intervinieron, es decir, los Jueces

de este nuevo proceso, les arrebataron esa facultad, se atribuyeron una competencia que no tenían, violando con ello la ley procesal por haber proferido actos jurídicos jurisdiccionales sin competencia, lo que los hace completamente inexistentes o nulos de nulidad absoluta.

"Las formas procesales fueron totalmente desconocidas, y se hizo el pronunciamiento de fondo por un Juez que no era el competente. Se aplicó una sanción sin saberse si anteriormente y por el mismo hecho criminoso ya se había aplicado sanción o se había absuelto a los sindicados. Lo que en otras palabras quiere decir, que el proceso está viciado de nulidad desde el momento mismo en que al tenerse conocimiento de que ya se había iniciado una investigación no se suspendió ésta, para conocer los resultados de aquélla. Como la sentencia de segunda instancia, necesariamente es posterior a ese momento procesal, fue proferida dentro de un proceso viciado de nulidad y es, por lo tanto, violatoria de la Ley Procedimental, y debe ser invalidada, como lo impetro en forma comedida" (fs. 23 a 24, cuaderno 3º).

Y agrega con respecto al segundo de los cargos formulados:

"Pero no sólo por este aspecto se violaron las normas procesales. En el resumen de los hechos dije que el auto de proceder no había sido notificado legalmente, es decir, como lo manda la ley. Esto es evidente. A folios 177 y siguientes, del cuaderno principal, se encuentra el auto de 20 de febrero de 1958, por medio del cual el señor Juez 4º Superior de Ibagué resuelve abrir causa criminal por los delitos de homicidio y de lesiones personales en las personas de Jesús María Velásquez López y Rosalbina Torres de Velásquez, contra los sindicados Sierra, González, Castro, Gil y Cristancho. Apelado este auto para ante el Tribunal, esta corporación, a folios 241 y siguientes, resolvió, en providencia del 30 de septiembre de 1959, reformar sustancialmente el auto de enjuiciamiento y lo limitó al delito de homicidio imperfecto para todos los sindicados, y el de lesiones personales en Rosalbina Torres de Velásquez a Juan de Jesús González Cardona.

"Esto quiere decir que el auto fue sustancialmente cambiado. Que el pliego de cargos, que necesariamente debían conocer los defensores, se modificó totalmente. Que el verdadero marco del proceso lo era esa providencia. Entonces, lo lógico y lo legal era notificarlo a los defensores porque en realidad esa providencia constituía el verdadero enjuiciamiento" (fls. 24 a 25, id.).

Un poco más adelante concluye el actor:

"Son claras estas causales de nulidad, son tan evidentes los motivos que no tengo la menor duda de que la honorable Corte los hallará demostrados y procederá, por lo tanto, a invalidar la sentencia recurrida, para que se reponga lo actuado a partir del momento procesal en que se incurrió en la primera de las irregularidades anotadas, que para mí es el momento en que el Juez de conocimiento se enteró de que ya esta investigación estaba iniciada, en virtud del denuncio de doña Rosalbina, y se estaba dando curso correspondiente a la misma. Pero en caso de que no se diera validez a este reclamo, entonces la nulidad debe decretarse desde el momento de la notificación del auto de proceder proferido por el honorable Tribunal" (fls. 25 a 26, id.).

Respuesta del Ministerio Público.

Los dos aspectos o motivos de impugnación fueron objeto de detenido examen por parte del señor Procurador Primero en lo Penal. Y con razones que la Sala comparte, demuestra a plenitud que ninguno de los dos cargos propuestos alcanza la entidad suficiente para generar nulidad de índole legal, ni de tipo constitucional. De allí que, acorde con tal criterio, concluya su concepto sobre el mérito de la demanda en los siguientes términos:

"En consecuencia, no se ha pretermitido en este proceso formalidad esencial. La defensa de los acusados fue completa, y no se configura en autos ninguna nulidad sustancial. El segundo cargo carece, por lo mismo, de fundamento.

"Así las cosas, el suscrito Procurador Primero Delegado en lo Penal atentamente solicita a la honorable Corte que *no case* la sentencia del honorable Tribunal Superior de Ibagué que ha sido materia del recurso".

Oportunamente se referirá la Sala a los argumentos en que el colaborador Fiscal funda su petición.

Consideraciones de la Corte:

1ª Como juiciosamente lo observa la Procuraduría Delegada, en el escrito de denuncia presentado el ocho de febrero de 1955 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Líbano, Jesús María Velásquez López afirma, entre otras cosas, lo siguiente:

"Por estos hechos, mi mujer formuló el denuncio respectivo en el Juzgado Penal de este Circuito (se refiere al del Líbano), al día siguiente de haber ocurrido, y el Juzgado inició

la correspondiente investigación, habiendo obtenido la captura de algunos de los sindicados, los cuales envió después de haber sido indagatoriados, junto con el expediente, al Alcalde de Villahermosa para que adelantara la investigación, en los primeros días de noviembre del citado año de 1951, pero el expediente tuvo la misma suerte de otros enviados por el mismo funcionario: se extravió y los sindicados fueron puestos en libertad, pues desgraciadamente las autoridades que habían en ese entonces en este Municipio no ofrecían la seriedad y garantías que de ellas se esperaban" (fls. 1 y 2, cuaderno 1º).

Al declarar en este proceso ante el Juez del Circuito Penal del Líbano, la señora Rosalbina Torres de Velásquez confirma el aserto de su marido, en cuanto expresa que ella había denunciado los mismos hechos ante ese mismo Juzgado, el 22 de octubre de 1951, "al siguiente día de haberle pasado el fracaso a mi esposo Jesús María Velásquez" (f. 23, ibídem).

La afirmación de los citados esposos se halla corroborada por los informes del Oficial Mayor y del Secretario del Juzgado que acaba de mencionarse, cuyos textos importa transcribir:

"Juzgado Penal del Circuito.- Secretaría. - Líbano, enero 30 de 1956. — Recibido hoy y va al Despacho del señor Juez, con informe de que el día 22 de octubre de 1951 fue iniciado en este Juzgado un sumario contra Oliverio Gil, Mariano Cristancho, Antonio Castro, Medardo Granada, Juan de Jesús González y Ricardo Sierra por los delitos de *robo y lesiones personales* inferidas a Jesús María Velásquez el día 21 del citado mes, en el paraje de 'El Paujil', de la jurisdicción municipal de Villahermosa, según denuncia formulada por Rosalbina Torres de Velásquez, el cual fue radicado bajo el número 4034. El día 8 del mes de noviembre del citado año se envió en comisión al Alcalde de Villahermosa, junto con los sujetos Oliverio Gil, Mariano Cristancho, Juan Manuel Gallego, Medardo Granada y Manuel Guzmán, que se encontraban detenidos (oficio Nos. 535 y 537), para que terminara la instrucción del proceso, pero allí el sumario fue involucrado o agregado a otra investigación que se seguía contra los mismos individuos por otros delitos que habían cometido, entre ellos el de *homicidio*. Ya en estas condiciones el expediente fue devuelto a este Despacho, *sin presos*, pues los sindicados fueron puestos en libertad sin justificación alguna por el Alcalde de Villahermosa, y así fue remitido el día 7 de marzo de 1952, al reparto de las Fiscalías Superiores de Ibagué, sin que hubiera vuelto a este Juzgado. Según se ha oído decir a algunos de los interesados en las investigaciones que se acumularon, el expediente se extravió, no se sabe si en Ibagué o en Villahermosa, pues parece que el expediente fue enviado de una de las Fiscalías en comisión a Villahermosa, y los damnificados con los delitos tuvieron que volver a formular los respectivos denuncios, para que se iniciaran de nuevo las investigaciones.

"Entre las diligencias que fueron practicadas en la investigación adelantada con base en el denuncio formulado por la señora Rosalbina Torres de Velásquez, antes de haber sido enviado el sumario en comisión a la Alcaldía de Villahermosa, recuerdo que se le recibió declaración a Jesús María Velásquez en el hospital de esta localidad, a las dos niñas que cita en el denuncio, se hizo reconocer el herido del señor Médico Legista y se trajeron al proceso los dictámenes, cuyas copias deben reposar en el archivo de la Oficina Médico-Legal que existió en esta ciudad, y se recibió indagatoria a varios de los sindicados que fueron *capturados* y puestos a disposición de este Despacho por la Policía. También informo al señor Juez que el paraje de 'El Orian', a que alude el sindicado Ricardo Sierra Suárez en su indagatoria, no queda en jurisdicción de este Municipio, sino en jurisdicción del Municipio de Villahermona, lo mismo que el paraje de 'El Paujil', donde se perpetró el delito". (Firmado *Alirio Parra,* Oficial Mayor). (Fls. 14 vto. y 15, cuaderno 1º).

"Juzgado Penal del Circuito. - Secretaría. Líbano, agosto 28 de 1957. — Recibido en esta fecha y va al Despacho, con informe de que revisados cuidadosamente los libros radicadores de procesos *penales* que se llevan en esta Oficina, fueron halladas las siguientes radicaciones contra Juan de Jesús González y Antonio Castro:

"*Sumario* número 4034, contra Oliverio Gil, Mariano Cristancho, *Antonio Castro, Juan de Jesús González* y Ricardo Sierra, por el delito de *robo* y *lesiones personales* cometidos en la persona de Jesús María Velásquez el día 21 de octubre de 1951, en el paraje de 'El Paujil', Municipio de Villahermosa. El sumario fue iniciado en este Juzgado el 22 de octubre de 1951...".

"4036. - *Sumario* contra *Oliverio Gil,* Mariano Cristancho, Juan Manuel Gallego, Medardo Granada, *Antonio Castro, Juan de Jesús González,* Miguel Guzmán, Reinaldo Soto y Epifanio Suárez, por el delito de doble *homicidio* (occisos: Pedro Muñoz y Danelio Castaño), iniciado en el Juzgado Penal del Circuito del Líbano el día 5 de noviembre de 1951..."

"Los dos expedientes que fueron acumulados, indebidamente, por investigador enviado por la Gobernación del Tolima, se enviaron al señor Juez Superior (Repartimiento) de Ibagué, por competencia el día 7 de marzo de 1952, pero para (sic) que dicho proceso se extravió, y ambas investigaciones fueron iniciadas nuevamente mediante denuncio de los interesados".

"....

Firmado, *Eduardo Londoño,* Srio" (fl. 174, ibídem).

2ª De los anteriores informes se infiere que sí se realizaron algunas averiguaciones sobre la suerte corrida por los citados sumarios, y que precisamente en virtud de ellas se llegó a la conclusión de que se habían extraviado, razón por la cual hubo de formularse una nueva denuncia por los interesados. Fue así como se reconstruyó el proceso que ahora ha llegado hasta la Corte. Y si bien es cierto que al tratar de localizar los expedientes perdidos no se dio estricta aplicación a las disposiciones legales pertinentes (artículos 154 del Código de Procedimiento Penal y 5º del Decreto legislativo número 242 de 1951), ello apenas entraña una irregularidad sin incidencia cardinal en el derecho de defensa de los procesados. Lo dicho es suficiente para concluír que tanto la supuesta incompetencia de jurisdicción como la nulidad supra-legal planteada carecen de fundamento procesal, motivo por el cual el cargo debe desecharse.

3ª Fortalece la conclusión anterior el siguiente razonamiento de la Procuraduría Delegada:

"Los procesados han negado en forma sistemática y rotunda su participación en los hechos, y se han abstenido de hacer la menor referencia al investigativo anterior, en razón del cual fueron detenidos e indagatoriados y luego puestos en libertad como consecuencia del extravío del respectivo expediente. Siendo esto así, es de suponer con todo fundamento que si hubieran sido absueltos o condenados de ello habrían quedado las consiguientes constancias en los diferentes Juzgados y cárceles, etc., por las cuales hubieran pasado los procesados. No existiendo esas constancias, es lógico concluír que los procesados no han sido sancionados por dos veces ni juzgados doblemente por motivo de un mismo hecho delictuoso".

4ª El segundo motivo de cargo es también ineficaz para obtener el fin que el demandante se propone. El auto de proceder proferido por el Juez de primer grado, se notificó personalmente a los procesados detenidos y a sus defensores. El *ad quem*, al revisar la providencia enjuiciatoria, no hizo sino modificarla, "suavizando los cargos para los imputados", como acertadamente lo expresa el colaborador fiscal de la Corte al refutar este aspecto de la acusación. Por tanto, no era necesaria la notificación personal a los defensores de los procesados, como equivocadamente lo considera el actor. Bastaba, en cuanto a los defensores, la notificación por estado.

Cuando el artículo 170 del Código de Procedimiento Penal ordena que el auto de proceder se notifique personalmente al procesado y a su defensor, persigue la finalidad esencial de que quien ha sido residenciado en juicio conozca los cargos que en aquél se le formulan y, en consecuencia, pueda defenderse. En otros términos, que no se le sorprenda con una providencia de tan acusada importancia procesal. Por ello la omisión del precepto contenido en la disposición citada está erigida por la ley (numeral 3º del artículo 198, ibídem) en motivo de nulidad, que no es absoluta, sino relativa, por cuanto desaparece "si habiendo comparecido el reo en juicio no la reclama dentro de los treinta días siguientes a aquel en que se le haya hecho la primera notificación personal". Por tanto, proferido el llamamiento a juicio y apersonados en el mismo el procesado y su defensor, aquella sorpresa es imposible.

De aquí que esta Sala haya dicho en jurisprudencia que ahora reitera:

"La notificación personal del auto de proceder, sólo es obligatoria en la primera instancia o cuando el juzgador *ad quem* revoca el sobreseimiento dictado por el Juez *a quo* y califica el mérito del sumario abriendo el debate judicial, pero la reforma o adición del auto de proceder no implica un nuevo llamamiento a juicio sujeto a notificación personal, máxime cuando en la parte resolutiva de dicho auto se conserva la misma denominación genérica del delito que el Código Penal le asigna en el respectivo capítulo o en el correspondiente Título, cuando éste no se divide en capítulos. Lo contrario llevaría a la conclusión absurda de afirmar la existencia de dos autos de proceder en un mismo negocio y por un mismo delito". (Auto de 31 de marzo de 1955, *G. J.,* Tomo LXXIX, pág. 915, No. 2151).

En consecuencia, tampoco prospera el segundo cargo.

DECISION:

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el

concepto del Ministerio Público, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Ibagué, a la cual se ha aludido expresamente en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial.*

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

PROCESO POR HOMICIDIO (ASESINATO) RITUADO CONFORME AL DECRETO 0012 DE 1959

Interpretación jurídica del postulado constitucional sobre la retroactividad de las disposiciones penales permisivas o favorables al acusado.

La supuesta violación del artículo 26 de la Carta y consecuente nulidad supralegal en el caso sub judice fundadas en una injurídica interpretación del postulado constitucional sobre la retroactividad de las disposiciones penales permisivas o favorables al acusado, no entraña cargo valedero contra la sentencia. Este proceso, como es de toda evidencia, estuvo legítimamente rituado conforme al Decreto legislativo 0012 de 1959. Al dejar de tener vigencia sus normas, no por ello las actuaciones cumplidas podían perder su legitimidad u originar nulidad del juicio, pues de ser de recibo tal criterio, no habría orden jurídico en la Nación y carecería de significado en derecho el llamado ámbito de la ley en cuanto al tiempo.

Otra cosa sería, como esta Sala lo ha resuelto en repetidas sentencias de casación, que de modo indebido el Decreto se hubiera aplicado al juzgamiento, bien por tratarse de infracciones cometidas antes de su vigencia, o no comprendidas expresamente en ese estatuto de excepción, porque para esos eventos la Corte ha acudido doctrinariamente a la facultad consagrada en el artículo 215 de la Constitución.

Si la Sala de Casación Penal ha dicho, con sobrada razón, que el aludido Decreto limitó o hizo más precario el derecho de defensa, sus conceptos nunca estuvieron encaminados a afirmar la inconstitucionalidad de todos sus ordenamientos, sino de modo principal a evitar su aplicación en cuanto de manera franca pugnaran con las garantías impuestas en el artículo 26 de la Constitución.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diez y seis de noviembre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria).

Vistos:

Contra la sentencia proferida en esta causa por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales el 1º de marzo del año en curso, condenatoria de Angel María Triana Jaramillo, a la pena principal de 15 años de presidio y correspondientes accesorias, como responsable del delito de homicidio (asesinato), fue interpuesto en la debida oportunidad el recurso extraordinario de casación, tanto por el acusado como por su defensor, del cual procede la Corte a resolver de fondo, agotado el trámite legal.

Hechos y actuación procesal.

Estando circunscrito el debate, según los términos de la demanda, a la *causal cuarta* de casación, bien puede la Sala acoger la relación que de los hechos da el señor apoderado:

"El día 13 de agosto del año de 1960, a eso de las once de la noche, aproximadamente, penetró el señor Carlos Marín al establecimiento de prostitución de propiedad de Margarita Rodríguez Henao, situado en el área urbana del Municipio de Victoria (Caldas). Una vez allí se dedicó a ingerir bebidas embriagantes, ubicándose frente al mostrador y sin compañía ninguna.

"En el mismo lugar se encontraba la mujer de vida alegre conocida con el apodo de 'La Pintuco', y que figura en el expediente con el nombre de Robertina Higinio Marín.

"Entre la Higinio y el señor Marín se estableció contacto, bien porque antes se conocieran o

bien, como lo insinúa la primera nombrada, en razón de algunas piezas que bailaron juntos, a petición muy galante de aquel último.

"Transcurrido un lapso aproximado de media hora, el señor Carlos Marín, acompañando o siguiendo en pos de Robertina, se trasladó a la pieza de ella, muy probablemente con el propósito, compartido por ambos, de practicar el acceso carnal.

"Apenas habían discurrido unos breves instantes cuando sonó el fúnebre estampido de un arma de fuego, la cual había sido disparada en la misma alcoba de la prostituta. Al acercarse algunos de los concurrentes al sitio de los sucesos, pudieron constatar que el señor Carlos Marín había recibido varias lesiones, ocasionadas con arma de fuego, y a consecuencia de las cuales perdió súbitamente la vida, por fulminante hemorragia aguda.

"Robertina Higinio Marín señaló como autor de la muerte del occiso a mi patrocinado, Angel María Triana Jaramillo, quien posteriormente fue sometido a diligencia de indagatoria, detenido preventivamente y procesado conforme a la legislación de emergencia, impuesta para los Departamentos en ese entonces bajo el estado de sitio, del Decreto extraordinario número 0012 de 1959".

El proceso de que se trata, impulsado por los trámites previstos en el Decreto 0012 de 1959, para entonces vigente, recibió del Juzgado 2º Superior de Manizales sentencia condenatoria, con fecha 6 de noviembre del año de 1961. Tramitada la segunda instancia, el *ad quem* profirió el fallo recurrido el 1º de marzo último, es decir, cuando ya no regía el Decreto aludido.

Demanda de casación.

Invoca el señor apoderado, "como causal única del recurso de casación interpuesto, la contemplada en el numeral 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto la sentencia recurrida se dictó en un juicio viciado de nulidad", y, como según el impugnador, el fallo "viola la ley procedimental por dos conceptos diferentes", los cargos los separa así:

a) Aplicación indebida del Decreto 0012. Se fundamenta este motivo de nulidad procesal, con la consiguiente violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, en haberse dictado la sentencia del Tribunal luego de levantado por el Gobierno el *estado de sitio* y cesado, como es obvio, el imperio del Decreto.

Estima el demandante, previas algunas consideraciones sobre la limitación del procedimiento que hubo de aplicarse al caso de autos y de la trascendencia que reviste el llamamiento a juicio, que la actuación debió retrotraerse. Para sintetizar el cargo expresa:

"a) El negocio adelantado contra Angel María Triana Jaramillo no había hecho tránsito de cosa juzgada en el momento de levantar el estado de sitio en Caldas, Departamento en donde se le juzgaba;

"b) Al desaparecer el estado de sitio quedó automáticamente derogado el Decreto extraordinario número 0012 de 1959;

"c) Aunque el hecho que se le imputaba a Triana Jaramillo como presunto autor responsable, se había consumado bajo la vigencia del 0012, este Decreto, por ser una norma más restrictiva o desfavorable, perdía aplicación frente al Código de Procedimiento Penal, norma que como ya lo dijo esa honorable Corte, con toda razón, es más permisiva o desfavorable (sic), y

"d) El Código de Procedimiento Penal impone como norma esencial de todo juzgamiento la formulación de un pliego de cargos, conforme a lo dispuesto en su artículo 429, requisito que como se ha cumplido (sic) con Triana Jaramillo, impone la declaratoria de nulidad del negocio, para retrotraerlo un instante procesal (sic) que permita la formulación de dicho pliego de cargos".

b) Consiste el segundo cargo, de acuerdo con lo expresado en la demanda, en que al acusado "le fueron conculcados sus derechos constitucionales y legales para defenderse por cuanto no se ordenó la apertura a pruebas del negocio, no obstante haberlo solicitado en debida oportunidad". Se agrega por el señor apoderado que "a Triana Jaramillo se le negó la oportunidad de demostrar, acreditando hechos nuevos, su inocencia como presunto autor del delito que se le imputó, violándose en esta forma, no sólo lo dispuesto por el artículo 26 de la Constitución Nacional, sino lo ordenado por el 542 del Código de Procedimiento Penal, porque mi patrocinado no sólo pidió que se abriera a pruebas el negocio, manifestando que tenía interés en que se practicaran algunas, sino que solicitó que el término para practicarlas fuera mayor de tres días, petición más que legal, por cuanto el Código de Procedimiento Penal autoriza un término de 15, más el de las distancias, si a este último hubiere lugar".

Concepto del Ministerio Público.

No comparte el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal los planteamientos de la parte recurrente, ni encuentra que en la actuación cumplida se haya incurrido en los motivos de nulidad alegados en la demanda de casación.

Respecto al primer cargo reseñado, el distinguido colaborador, después de referirse al curso seguido por el proceso al surtirse la segunda instancia, y de anotar, con toda razón, "que el Decreto extraordinario 0012 no estableció ni consagró normas de excepción en materia procedimental, tendientes a procurar la rápida y eficaz administración de justicia en lo penal, en la segunda instancia", como que "el artículo 16 del Estatuto que se comenta establece que las apelaciones y consultas de las sentencias emitidas en los procesos que se adelanten conforme a las normas del Decreto, se surtirán de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Penal", argumenta lo que sigue:

"Es indudable que la Corte ha considerado que el Decreto 0012 recorta muchas de las facultades y prerrogativas que el Código Procesal Penal vigente confiere a los procesados; pero también ha dicho (Decisión sobre inexequibilidad del Decreto 0012) que el procedimiento consagrado en el artículo 3º está en vigencia.

"Para el caso de autos, habiendo sido producida la sentencia de 1ª instancia, no quedaba al Tribunal otro camino que el de resolver la apelación y consulta de la misma en la forma como lo hizo; más si se tiene en consideración el artículo 16 del Decreto varias veces citado.

"Sería absurdo y contrario a toda norma de hermenéutica, como lo pide el opositor, retrotraer la actuación procesal hasta el proferimiento de la providencia predicada por el artículo 429 del Código de Procedimiento Penal.

"Los cargos formulados en el Capítulo I de la demanda son puramente aparentes, y no es posible, sobre ellos, concluír que la sentencia proferida por el honorable Tribunal Superior de Manizales fuera dictada dentro de un juicio viciado de nulidad".

El segundo cargo le merece al Ministerio Público, con base en las constancias procesales, esta somera réplica:

"No es cierto, como lo manifiesta el opositor, que por el Tribunal no se hubiera ordenado la apertura a pruebas del negocio. Al folio 130 puede consultarse el auto que tomaba tal determinación. En cuanto a la solución dada por el Tribunal a la petición de Triana, folio 132 v., no ve este Ministerio Público que con ello se haya incurrido en nulidad alguna, al no accederse a lo pedido por el memorialista.

"La presunta violación del artículo 26 de la Carta, ha sido apenas insinuada sin entrar a hacerse ninguna demostración sobre la existencia dentro del proceso de una nulidad constitucional".

Consideraciones de la Corte:

1ª La supuesta violación del artículo 26 de la Carta y consecuente nulidad supralegal en el caso *sub judice*, fundadas en una injurídica interpretación del postulado constitucional sobre la retroactividad de las disposiciones penales *permisivas* o *favorables* al acusado, no entraña cargo valedero contra la sentencia. Este proceso, como es de toda evidencia, estuvo legítimamente rituado conforme al Decreto legislativo 0012 de 1959. Al dejar de tener vigencia sus normas, no por ello las actuaciones cumplidas podían perder su legitimidad u originar nulidad del juicio, pues de ser de recibo tal criterio, no habría orden jurídico en la Nación y carecería de significado en derecho el llamado ámbito de la ley en cuanto al tiempo.

2ª Otra cosa sería, como esta Sala lo ha resuelto en repetidas sentencias de casación, que de modo indebido el Decreto se hubiera aplicado al juzgamiento, bien por tratarse de infracciones cometidas antes de su vigencia, o no comprendidas expresamente en ese estatuto de excepción, porque para esos eventos la Corte ha acudido doctrinariamente a la facultad consagrada en el artículo 215 de la Constitución.

3ª La sentencia del Tribunal en este negocio fue dictada, ya se dijo, después de cesar el estado de sitio. Pero este acto jurisdiccional lo profirió el *ad quem* cumpliendo a cabalidad los ritos procesales de la segunda instancia que eran los establecidos en el Código de Procedimiento Penal, pues en este particular absolutamente nada proveyó el Decreto 0012.

4ª Si la Sala de Casación Penal ha dicho, con sobrada razón, que el aludido Decreto limitó o hizo más precario el derecho de defensa, sus conceptos nunca estuvieron encaminados a afirmar la inconstitucionalidad de todos sus ordenamientos, sino de modo principal a evitar su aplicación en cuanto de manera franca pugnaran con las garantías impuestas en el artículo 26 de la Constitución.

5ª El quebrantamiento del derecho de defensa que el señor apoderado quiere hacer valer con fundamento en la negativa del Tribunal a ampliar el término probatorio, es un cargo inane, pues las partes en el proceso ni siquiera solicitaron, de acuerdo con el auto de 24 de noviembre de 1961, que el juicio se recibiera a pruebas.

De este modo nada hay que agregar a lo replicado en este aspecto de la demanda por el señor representante del Ministerio Público.

6ª Todo lo expuesto lleva a la conclusión de que no prospera el recurso de casación, con base en la causal alegada.

DECISION:

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con la opinión fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *desecha* el recurso extraordinario de casación a que se ha hecho mérito, y *ordena* devolver el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

NULIDAD CONSTITUCIONAL POR PRIVACION DEL DERECHO DE DEFENSA

Ejercicio del derecho de defensa. — La función del abogado defensor tiene el carácter de servicio de necesidad pública. — Consecuencias de la relación entre la defensa en juicio y el ejercicio de la profesión de abogado.

1. El derecho de defensa del acusado en el proceso penal, por medio de un defensor o apoderado de su libre elección o designado de oficio, se considera actualmente en los países civilizados y de régimen democrático como una de las principales garantías del individuo frente a la acción punitiva del Estado; derecho reconocido y consagrado, en forma más o menos expresa, no solamente por las leyes de procedimiento penal, sino por algunas constituciones.

Así, en los Estados Unidos el derecho de estar asistido por un abogado y de estar representado por él está expresamente garantizado por la sexta enmienda a la Constitución, en el caso de las diligencias entabladas en virtud del derecho federal.

De tan extremadamente importante se considera el derecho de estar asistido y representado en juicio por un abogado, que esta cuestión fue uno de los temas especialmente estudiados en el Congreso Internacional de Juristas, de Nueva Delhi, India, reunido recientemente, en enero de 1959.

El derecho de defensa en juicio, según lo expresa Carrara, "no es un privilegio ni una concesión", otorgada por el Estado, sino "un verdadero derecho originario del hombre, y por ello inalienable". Este eminente maestro añade que al anterior principio se asocia el "que también la sociedad tiene un interés directo en la defensa del acusado, porque necesita, no de una pena que caiga sobre una cabeza cualquiera, sino el castigo del verdadero culpable. Y, de este modo, la defensa no es solamente de orden público secundario, sino de orden público primario".

Por esto, en su estudio sobre "El Derecho de Defensa", José Armando Seco Villalba explica que: "El derecho de defensa en juicio, como derecho subjetivo, es el ejercicio de las facultades conferidas al individuo por las leyes sustantivas y formales, para oponerse a la pretensión penal o policial del Estado, o para responder a la pretensión de tutela jurídica dirigida contra el Estado por un demandante, o viceversa, para reclamar la tutela jurídica del Estado".

Aunque nuestra Constitución Nacional, a diferencia de la de algunos otros países, como la de Italia y la Argentina, no contiene un texto que de una manera expresa establezca que el derecho de defensa "es inviolable", o que "a nadie se le puede privar del derecho de defensa", una reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte, como desarrollo del artículo 26 de la actual codificación constitucional, ha reconocido, al lado de las nulidades taxativamente establecidas por los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal, las llamadas nulidades supralegales o constitucionales, en casos verdaderamente excepcionales en que un acusado haya sido privado del derecho de defensa, o no haya podido ejercitar este derecho, bien porque fueron violados derechos o prerrogativas especiales consagrados por la ley en su beneficio, o porque el abogado designado como defensor no cumplió en forma alguna y efectiva el deber profesional de ejercitar la defensa que le fue encomendada.

2. Del contenido de los artículos 107 y 108 del Código de Procedimiento Penal, se deduce, sin dificultad, que la defensa en el juicio penal por medio de abogado, perito en las disciplinas jurídicas, es obligatoria para todos los procesados, ya que estos artículos establecen para el abogado designado como defensor, tanto por el acusado como por el Juez o funcionario de ins-

trucción, la forzosa aceptación del cargo y el cumplimiento de los deberes que su calidad le imponen, pudiendo ser requerido y sancionado disciplinariamente por el Juez de la causa, cuando se niegue a desempeñar dicho cargo.

Cuando la defensa técnica en juicio es obligatoria, como ocurre en nuestro Derecho Procesal Penal, la función del abogado defensor tiene el carácter de servicio de necesidad pública, según lo reconocen los expositores, entre los cuales basta citar a Vincenzo Manzini, quien al respecto expone: "En relación con los estados procesales y a los actos en que la defensa es obligatoria, asume ella, en cambio, como ya lo hemos demostrado (n. 263), el carácter de servicio de necesidad pública, servicio para el cual se requiere precisamente que se trate de una actividad profesional que exige una especial habilitación del Estado, así como la obligación legal en los interesados de servirse de dicha actividad" (art. 359, n. l., Cod. Pen.).

Seguramente con el fin de proteger este carácter de "servicio de necesidad pública" que tiene el cargo del defensor o apoderado en los procesos penales, es por lo que el artículo 197 del Código Penal sanciona con arresto de un mes a un año, interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas, y suspensión en el ejercicio de la profesión por el mismo tiempo, al abogado defensor que, a sabiendas, perjudique los intereses de su defendido o representado. Por esto la naturaleza del ministerio ejercido por el abogado guarda una relación directa con el derecho de defensa en juicio.

La defensa en juicio, pero de una manera especial en el proceso penal, de la persona y de sus derechos no se puede realizar plenamente, y en su más noble expresión humana, sin la intervención del abogado.

La asistencia del abogado fue una de las primeras conquistas que obtuvo el individuo para lograr el respeto de la defensa. En presencia de los procedimientos inquisitoriales, de las vejaciones y persecuciones judiciales, que prevalecieron en otras épocas, y en el que se incurre aún en ciertos regímenes tiránicos, la asistencia del abogado debía tener una consoladora virtud capaz de infundir en el ánimo de los enjuiciados una esperanza de justicia. Pero dicha asistencia tuvo un distinto significado que fue evolucionando desde los tiempos del derecho romano hasta su afianzamiento definitivo en el moderno proceso criminal.

3. El derecho a la defensa y la intervención del defensor han corrido una suerte pareja. Amplitud y libertad de la defensa y derecho al asesoramiento o patrocinio de un abogado fueron dos cuestiones de trascendental importancia para obtener las garantías efectivas de seguridad de la libertad individual y una buena administración de justicia.

Los numerosos agravios inferidos a los derechos humanos impusieron definitivamente la idea de establecer en el derecho positivo los principios de la teoría que consideraba la efectividad de la defensa y la asistencia del abogado como una garantía esencial para la seguridad del individuo y de sus derechos. El desarrollo y perfeccionamiento del estado de derecho han terminado por hacer indispensable y obligatoria la intervención del abogado, especialmente en los procesos penales.

Siendo tan estrecha la relación que existe entre la defensa en juicio y el ejercicio de la profesión de abogado, resulta evidente que cualquier actividad de los órganos jurisdiccionales que impidan, entorpezcan o dificulten la función del abogado defensor en el cumplimiento de su noble misión, o la negativa u omisión de parte de éste en el desempeño de su deber profesional, implica una verdadera lesión a la inviolabilidad del derecho de defensa en juicio implícitamente consagrado por el artículo 26 de la Constitución, según lo ha reconocido tradicionalmente la jurisprudencia de la Corte Suprema.

El pleno y efectivo ejercicio del derecho de abogar asegura una eficaz y legítima defensa del acusado y de sus derechos, tanto más necesaria en nuestro país, por cuanto el artículo 40 de la Constitución, con el propósito de reglamentar la profesión de abogado, llegó al extremo de prohibir litigar "en causa propia", a quienes no son abogados inscritos. Es cierto que la Ley 69 de 1945, en desarrollo del citado artículo de la Carta, estableció, en materia penal, algunas excepciones a la prohibición constitucional de abogar "en causa propia", tales como las de interponer recurso, solicitar la libertad provisional y la condicional, actuar en las diligencias e intervenir directamente en todos los casos que de manera expresa autorice la ley, pero estas excepciones son tan limitadas que de ninguna manera aseguran el pleno ejercicio del derecho de defensa penal sin la asistencia, más obligatoria, por lo tanto, de un abogado inscrito.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, noviembre diez y nueve de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo).

Vistos:

Cumplidos los trámites propios del recurso de casación, se procede a resolver el propuesto por el reo Marcelino Castro Caro contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el veintiocho de septiembre del año pasado, en la que se condenó al recurrente, al confirmar el fallo de primer grado, a la pena principal de quince años de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio agravado consumado en la señora María Manuela Avila de Rincón.

Antecedentes.

Los hechos que dieron origen a este proceso los resume el señor Agente del Ministerio Público de la manera siguiente:

"El proceso se originó por la muerte violenta de que fue víctima la señora María Manuela Avila de Rincón en la vereda 'Alto de Icononzo', jurisdicción del Municipio del mismo nombre. El deceso se produjo en las horas de la mañana del domingo 14 de febrero de 1960, como consecuencia de un disparo de escopeta hecho desde unos matorrales en la orilla del camino que conduce de la finca 'El Retiro', en la vereda precitada".

Iniciada la investigación por la Alcaldía Municipal de Icononzo el 15 de febrero de 1960, fue adelantada y perfeccionada por el Juez 176 de Instrucción Criminal, habiéndole correspondido el conocimiento, por reparto, al Juez Primero Superior de Ibagué, quien por auto del 3 de mayo de 1960 avocó el conocimiento del negocio y dispuso tramitarlo de acuerdo con el procedimiento excepcional establecido por el Decreto extraordinario número 0012, de 4 de junio de 1959. Este mismo funcionario designó como defensor de oficio del sindicado Castro Caro al abogado doctor Gonzalo Rodríguez, quien tomó posesión del cargo el 19 de mayo de 1960 (Cd. 1º, fl. 92), y a pesar de que no actuó en la primera instancia, el Tribunal Superior de Ibagué dispuso, por providencia del 14 de febrero de 1961, que la defensa continuara a su cargo en el trámite de la segunda instancia.

Después de algunas incidencias procesales, en que el Juez del conocimiento cerró y reabrió la investigación para la práctica de algunas pruebas solicitadas por el propio sindicado y por el señor Fiscal, aquel funcionario, en auto del 4 de noviembre de 1960, cerró nuevamente la investigación y dispuso poner los autos a disposición de las partes, por el término de tres días, para que formularan sus alegatos de conclusión. Durante el término para alegar, ningún memorial presentó el defensor de oficio; solamente el propio sindicado Castro Caro presentó un corto y mal redactado alegato, firmado a ruego por José Rubén María Cruz, por no saber aquél firmar, según se hizo costar al pie de dicho escrito. El Fiscal reprodujo el concepto que había rendido anteriormente, que obra a folios 94 a 97 del cuaderno principal, en el que, después de hacer un breve análisis probatorio, solicitó se dictara sentencia condenatoria en contra del sindicado Marcelino Castro Caro, se absolviera al sindicado Isidro Torres Martínez y se sobreseyera temporalmente a Alejandro Rincón y Ovidio Parra, "por no haber pruebas para condenarlos".

El Juez Primero Superior de Ibagué, en fallo de primera instancia, fechado el 12 de diciembre de 1960, resolvió:

"*Primero. Condenar* al sindicado Marcelino Castro Caro, hijo de Marcelino Castro y Ramona Caro, de 29 años de edad, natural de Ciénaga (Boyacá), vecino de Icononzo, cedulado bajo el número 246190 de Fusagasugá, soltero, de profesión agricultor, a la pena *principal de quince años de presidio* en el lugar que determine el Gobierno Nacional, por el delito de *'homicidio'* en la persona de María Manuela Avila de Rincón.

"*Segundo.* Condenarlo igualmente a las siguientes penas accesorias: publicación especial de la sentencia; interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo período de la pena principal; pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial; suspensión de la patria potestad, si la tuviere.

"*Tercero.* Absolver a los sindicados Isidro Torres Martínez, Alejandro Rincón y Ovidio Parrado, de las condiciones civiles que constan en sus respectivas indagatorias, respecto de los cargos que les resultaron en este proceso.

"*Cuarto.* Compúlsese copia de lo pertinente con destino a los señores Juez Penal del Circuito de Melgar para la investigación y fallo del posible delito de 'encubrimiento' en que ha podido incurrir el menor Luis Rodríguez, ya que por

razón del lugar en que se cometió la infracción principal, le corresponde''.

Contra la sentencia de primera instancia interpuso recurso de apelación el acusado Castro Caro, en el momento en que se le hizo la notificación personal de ella.

Concedido el recurso de apelación contra el fallo de primer grado, y enviado el negocio al Tribunal Superior de Ibagué, dicha corporación lo confirmó en sentencia del 28 de septiembre de 1961, contra la cual el reo Castro Caro interpuso el recurso de casación que ahora se decide.

En el trámite de la segunda instancia el defensor de oficio tampoco hizo ninguna solicitud ni presentó ninguna alegación.

Demanda de casación.

Concedido el recurso de casación y admitido por la Corte, el acusado Castro Caro confirió poder al abogado doctor Néstor Aya Z. para que sustentara el recurso, formalizando la respectiva demanda. Este profesional, en ejercicio del poder que le confirió el recurrente, elaboró y presentó oportunamente la demanda de casación, la que reúne los requisitos legales propios de este escrito, y en la que se invocan, en su orden, las causales cuarta y segunda, establecidas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

La primera causal que invoca el demandante, o sea la establecida en el muneral 4º del artículo antes citado, que la establece la ley cuando la sentencia acusada ''es violatoria de la ley procedimental por haber sido proferida en un proceso viciado de nulidad'', la fundamenta el actor alegando una nulidad constitucional, con base en el artículo 26 de la Constitución Nacional, la que hace consistir en que su poderdante careció de la garantía de una efectiva defensa en el juicio.

Concepto de la Procuraduría.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, al contestar el traslado de la demanda ''es de concepto de que la causal 4ª de casación prevista en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal'' debe prosperar, por lo que se exime de hacer el estudio de la otra causal. En consecuencia, solicita a la Corte que *case* la sentencia acusada y que se proceda de acuerdo con lo dispuesto en el ordinal b) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal.

Para fundamentar su concepto y solicitud, el señor colaborador Fiscal razona de la siguiente manera:

''A folio 75 aparece el Acta de Posesión del doctor Pablo E. Rodríguez como apoderado de Ovidio Parrado e Isidro Torres M. A folio 92 existe una actuación similar para posesionar como apoderado de *Marcelino Castro Caro* al doctor Gonzalo Rodríguez. Y es necesario decir que los 'apoderados defensores' fueron nombrados 'de oficio', por circunstancias previstas en la ley. Y que ninguno de ellos —los 'de oficio', es la regla general— cumplió con el altísimo e imperativo encargo impuesto por la ley. Como abogados, como abogados reconocidos por juzgados y tribunales, a sabiendas incurrieron en omisión de uno de los deberes de más alta jerarquía profesional: defender a un procesado, ya sea por mandato legal o voluntario. Pero más grave resulta la actitud de aquellos Jueces y Tribunales, caso frecuente en Colombia, que cohonestan ese delito en que incurren algunos 'defensores de oficio' contra la administración de justicia, según lo prevé el Capítulo 3º, Título 4º, Libro 2º del Código Penal.

''Resulta alarmante, por decir lo menos, que Jueces y Tribunales de la República sigan ignorando el derecho y los medios de defensa que consagran la Constitución y las leyes en los procesos criminales. Todos aparecen empeñados en ignorar y no aplicar el artículo 107 del Código de Procedimiento Penal, para asegurar uno de esos medios que garantizan el derecho de defensa, uno de los más sagrados derechos individuales y humanos con que cuentan las organizaciones democráticas como la nuestra. Por ello nuestro legislador instituyó los principios de que tratan los artículos 26 de la Carta y 1º del Código de Procedimiento Penal.

''En el caso propuesto por el recurrente se hace más notoria la falta de ponderación de nuestros juzgadores para valorar los principios que, como el que se debate, no deben ser ignorados. Porque no debe olvidarse que el estatuto legal aplicado en el juzgamiento de Marcelino Castro Caro es el Decreto 0012 de 1959, que sí restringe los medios de defensa, comoquiera que su artículo 3º suprimió el auto de vocación a juicio y la audiencia pública. Entonces cabe reflexionar si los apoderados defensores no cumplen, en la tramitación del Decreto 0012, con el único medio que permite el mencionado artículo 3º para la defensa del procesado en su juzgamiento, tal la presentación de los alegatos de conclusión, en qué quedan los principios del artículo 26 de la Constitución, y 1º del Código de Procedimiento Penal, ¿y en qué condiciones se ha cumplido con el derecho de defensa del procesa-

do? Esta ocurrencia en el proceso contra Marcelino Castro Caro plantea, como bien lo expone el impugnador, una protuberante, vergonzosa e indefensable nulidad constitucional".

Estudio del recurso.

El derecho de defensa del acusado en el proceso penal, por medio de un defensor o apoderado de su libre elección o designado de oficio, se considera actualmente en los países civilizados y de régimen democrático como una de las principales garantías del individuo frente a la acción punitiva del Estado; derecho reconocido y consagrado, en forma más o menos expresa, no solamente por las leyes de procedimiento penal, sino por algunas constituciones.

Así, en los Estados Unidos el derecho de estar asistido por un abogado y de estar representado por él, está expresamente garantizado por la sexta enmienda a la Constitución en el caso de las diligencias entabladas en virtud del derecho federal.

De tan extremandamente importante se considera el derecho de estar asistido y representado en juicio por un abogado, que esta cuestión fue uno de los temas especialmente estudiados en el Congreso Internacional de Juristas, de Nueva Delhi, India, reunido recientemente, en enero de 1959.

El derecho de defensa en juicio, según lo expresa Carrara, "*no es un privilegio* ni una *concesión*" otorgada por el Estado, sino "un verdadero derecho *originario* del hombre, y por ello inalienable". Este eminente maestro añade que al anterior principio se asocia el "que también la sociedad tiene un interés directo en la defensa del acusado, porque necesita, no de una pena que caiga sobre una cabeza cualquiera, sino el castigo del *verdadero* culpable. Y, de este modo, la defensa no es solamente de orden público *secundario,* sino de orden público *primario*".

Por esto, en su estudio sobre "El Derecho de Defensa", José Armando Seco Villalba explica que: "El derecho de defensa en juicio, como derecho subjetivo, es el ejercicio de las facultades conferidas al individuo por las leyes sustantivas y formales, para oponerse a la pretensión penal o policial del Estado, o para responder a la pretensión de tutela jurídica dirigida contra el Estado por un demandante, o, viceversa, para reclamar la tutela jurídica del Estado.

"El contenido jurídico del derecho de defensa es, en sentido positivo-legal, el conjunto de facultades presupuestas por el ordenamiento normativo; pero informando ese contenido jurídico, y en cuanto derecho fundamental auténtico, el derecho de defensa encarna el respeto a la existencia individual y la protección integral de la personalidad humana, en lo que "el hombre tiene de sagrado e inviolable". Constituye un derecho natural que tiene por esencia el derecho a la vida, a la seguridad y a la realización de los fines del hombre, y que es por su propia naturaleza inenajenable. El Estado, ni directa ni indirectamente, puede violarlo, y su racionalización jurídica, en modo alguno, debe hacer olvidar su carácter de derecho inherente a la naturaleza anímico-biológica del hombre".

Aunque nuestra Constitución Nacional, a diferencia de la de algunos otros países, como la de Italia y la Argentina, no contiene un texto que de una manera expresa establezca que el derecho de defensa "es inviolable", o que "a nadie se le puede privar del derecho de defensa", una reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte, como desarrollo del artículo 26 de la actual codificación constitucional, ha reconocido, al lado de las nulidades taxativamente establecidas por los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal, las llamadas nulidades supralegales o constitucionales, en casos verdaderamente excepcionales en que un acusado, haya sido privado del derecho de defensa o no haya podido ejercitar este derecho, bien porque fueron violados derechos o prerrogativas especiales consagrados por la ley en su beneficio, o porque el abogado designado como defensor no cumplió en forma alguna y efectiva el deber profesional de ejercitar la defensa que le fue encomendada.

En relación con la garantía constitucional del derecho de defensa en el proceso penal, esta Sala en recientes fallos ha sostenido lo siguiente:

"El artículo 26 de la Carta manda que a nadie se le juzgue 'sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio'.

"Las expresiones *formalidades legales, plenitud de formas en cada juicio,* empleadas en la Constitución Nacional, 'son fórmulas con que ésta ordena la observancia de los siguientes requisitos, aparte de otros en ellos declarados expresamente... d) Que el procedimiento en todos estos casos garantice al sindicado los medios de defensa...' (Sent. de la Corte, de 13 de nov. de 1928, *G. J.*, t. XXXVI, p. 203).

"Y el Código de Procedimiento Penal, al ocuparse de esta trascendental garantía, preceptúa

que el sindicado cuente con la asistencia jurídida de quien pueda adelantar su defensa y realmente la lleve a cabo (arts. 104, 107, 432 y 433, entre otros).

"Con este respecto, es obvio que esta asistencia jurídica no consiste, como ocurrió en este proceso, en que el juzgador designe a quien deba realizarla, sin que siquiera el nombrado tome noticia de tal designación.

"No puede negarse...", dice también la Corte..., "que entre las formas propias del juicio penal, son de extraordinaria importancia aquellas que se refieren al ejercicio efectivo del derecho de defensa, y las dos manifestaciones primordiales de éste son la producción de pruebas y los alegatos orales o escritos. La sentencia que condena a un reo sin que los Jueces hayan oído su defensa, o sin que se le hayan dado los medios de aducir pruebas, es violatoria, no sólo de la ley de procedimiento, sino también de la Constitución Nacional" (fallos de casación: abril 27 de 1961, mayo 5 y septiembre 18 de 1962).

Del contenido de los artículos 107 y 108 del Código de Procedimiento Penal se deduce, sin dificultad, que la defensa en el juicio penal, por medio de abogado, perito en las disciplinas jurídicas, es obligatoria para todos los procesados, ya que estos artículos establecen para el abogado designado como defensor, tanto por el acusado como por el Juez o funcionario de instrucción, la forzosa aceptación del cargo y el cumplimiento de los deberes que su calidad le imponen, pudiendo ser requerido y sancionado disciplinariamente por el Juez de la causa, cuando se niegue a desempeñar dicho cargo.

Cuando la defensa técnica en juicio es obligatoria, como ocurre en nuestro Derecho Procesal Penal, la función del abogado defensor tiene el carácter de *servicio de necesidad pública,* según lo reconocen los expositores, entre los cuales basta citar a Vincenzo Manzini, quien al respecto expone: "En relación con los estados procesales y a los actos en que la defensa es obligatoria, asume ella, en cambio, como ya lo hemos demostrado (n. 263), el *carácter de servicio de necesidad pública,* servicio para el cual se requiere precisamente que se trate de una actividad profesional que exige una especial habilitación del Estado, así como la obligación legal en los interesados de servirse de dicha actividad (art. 359, n. l., Cod. Pen.)".

Seguramente con el fin de proteger este carácter de "servicio de necesidad pública" que tiene el cargo del defensor o apoderado en los procesos penales, es por lo que el artículo 197 del Código Penal sanciona con arresto de un mes a un año, interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas y suspensión en el ejercicio de la profesión por el mismo tiempo, al abogado defensor, que a sabiendas, perjudique los intereses de su defendido o representado. Por esto la naturaleza del ministerio ejercido por el abogado guarda una relación directa con el derecho de defensa en juicio.

La defensa en juicio, pero de una manera especial en el proceso penal, de la persona y de sus derechos no se puede realizar plenamente, y en su más noble expresión humana, sin la intervención del abogado.

La asistencia del abogado fue una de las primeras conquistas que obtuvo el individuo para lograr el respeto de la defensa. En presencia de los procedimientos inquisitoriales, de las vejaciones y persecuciones judiciales, que prevalecieron en otras épocas, y en el que se incurre aún en ciertos regímenes tiránicos, la asistencia del abogado debía tener una consoladora virtud, capaz de infundir en el ánimo de los enjuiciados una esperanza de justicia.

Pero dicha asistencia tuvo un distinto significado que fue evolucionando desde los tiempos del derecho romano hasta su afianzamiento definitivo en el moderno proceso criminal.

El derecho a la defensa y la intervención del defensor han corrido una suerte pareja. Amplitud y libertad de la defensa y derecho al asesoramiento o patrocinio de un abogado, fueron dos cuestiones de trascendental importancia para obtener las garantías efectivas de seguridad de la libertad individual y una buena administración de justicia.

Los numerosos agravios inferidos a los derechos humanos impusieron definitivamente la idea de establecer en el derecho positivo los principios de la teoría que consideraba la efectividad de la defensa y la asistencia del abogado como una garantía esencial para la seguridad del individuo y de sus derechos. El desarrollo y perfeccionamiento del estado de derecho han terminado por hacer indipensable y obligatoria la intervención del abogado, especialmente en los procesos penales.

Siendo tan estrecha la relación que existe entre la defensa en juicio y el ejercicio de la profesión de abogado, resulta evidente que cualquier actividad de los órganos jurisdiccionales que impidan, entorpezcan o dificulten la función del abogado defensor en el cumplimiento de su noble misión, o la negativa u omisión de parte de éste en el desempeño de su deber profesional, implica una verdadera lesión a la inviolabilidad del

derecho de la defensa en juicio, implícitamente consagrado por el artículo 26 de la Constitución, según lo ha reconocido tradicionalmente la jurisprudencia de la Corte Suprema.

El pleno y efectivo ejercicio del derecho de abogar asegura una eficaz y legítima defensa del acusado y de sus derechos, tanto más necesaria en nuestro país, por cuanto el artículo 40 de la Constitución, con el propósito de reglamentar la profesión de abogado, llegó al extremo de prohibir litigar "en causa propia" a quienes no son abogados inscritos. Es cierto que la Ley 69 de 1945, en desarrollo del citado artículo de la Carta, estableció, en materia penal, algunas excepciones a la prohibición constitucional de abogar "en causa propia", tales como las de interponer recursos, solicitar la libertad provisional y la condicional, actuar en las diligencias e intervenir directamente en todos los casos que de manera expresa autorice la ley, pero estas excepciones son tan limitadas que de ninguna manera aseguran el pleno ejercicio del derecho de defensa penal sin la asistencia, más obligatoria, por lo tanto, de un abogado inscrito.

En el presente proceso el sindicado Marcelino Castro Caro, quien fue condenado a la grave pena de quince años de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsable del asesinato consumado en la señora María Manuela Avila de Rincón, careció en absoluto de la garantía de la defensa en juicio, pues el abogado doctor Gonzalo Rodríguez, quien fue designado defensor de oficio, según las constancias procesales, se abstuvo de ejercitar la defensa que se le había encomendado, pues solamente se limitó a firmar las notificaciones de las providencias, labor rutinaria y sin significación para la efectividad de la defensa del acusado. Pero lo más grave, como lo anota el señor colaborador Fiscal, fue la indiferencia de los Jueces de instancia ante la falta de cumplimiento de sus deberes por parte del defensor del reo Castro Caro, pues no hicieron uso de los medios que para estos casos les confiere el inciso segundo del artículo 107 del Código de Procedimiento Penal; actitud criticable aunque inveterada, que convierte la institución de la defensa de oficio en el proceso penal, y las disposiciones legales que la establecen, en letra muerta, sin ninguna operancia, con notorio detrimento de la efectiva garantía del derecho de defensa en juicio y de la eficaz administración de justicia, pues como ocurren en el presente juicio y como ha ocurrido en otros casos, ocasiona una nulidad supralegal que al ser declarada en casación, cuando es invocada obliga a reponer gran parte de la actuación procesal, con la consiguiente dilación en la terminación de los procesos penales.

La efectiva defensa del acusado Castro Caro era más necesaria en este proceso, no solamente porque en él se aplicó un procedimiento excepcional, que restringe notablemente los medios y oportunidades de la defensa en juicio, sino porque el acusado es una persona completamente ignorante y analfabeta, quien hizo desesperados, pero ineficaces esfuerzos, por defenderse "en causa propia", presentando varios memoriales, mal redactados, sin ninguna técnica jurídica, que tuvieron que ser firmados a ruego, y seguramente redactados por terceros, carentes también de toda preparación en las disciplinas del derecho.

Como según lo dicho, ha de prosperar la causal cuarta, primeramente invocada en la demanda de casación, es innecesario que la Sala entre a considerar la causal segunda, propuesta también en segundo término, ya que el artículo 538 del Código de Procedimiento Civil es aplicable a la casación penal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal.

Como en este proceso hay varios sindicados que fueron absueltos en el fallo del Tribunal Superior de Ibagué, que fue recurrido en casación, conviene recordar y aplicar lo que reiteradamente ha sostenido esta sala, en el sentido de que: "cuando hay varios procesados absueltos y uno condenado que recurre en casación, invocando como causal, el ser la sentencia violatoria de la ley de procedimiento por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad, la infirmación del fallo debe ser parcial y no total, porque la anulación del proceso no puede perjudicar a los sindicados que no recurrieron en casación y que tienen a su favor la sentencia absolutoria del Tribunal" (Cas. 24 septiembre 1938, LXVII, 153).

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, *invalida* parcialmente la sentencia recurrida en casación, a que se ha hecho mérito anteriormente, y *declara nulo* lo actuado en este proceso a partir del auto de cuatro de julio de mil novecientos sesenta, en que el Juez Primero Superior de Ibagué declaró nuevamente cerrada la investigación y dispuso poner el negocio a disposición de las partes para que formularan sus alegatos de conclusión, a fin de que se reponga el procedimiento, aplicando

el que está actualmente vigente dentro de este proceso por el cual se juzgó al recurrente Marcelino Castro Caro.

Cópiese, notifíque, publíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO COMETIDO EN ESTADO DE IRA O DE INTENSO DOLOR, CAUSADO POR GRAVE E INJUSTA PROVOCACION

Errada interpretación o apreciación de los hechos. — Violación de la ley por falta de aplicación y por indebida aplicación. — Causales segunda y primera de casación penal.

Al desconocerse, dentro de la sentencia acusada, el hecho de que el procesado consumó el homicidio en las condiciones previstas en el artículo 28 del Código Penal, se incurrió en grave y manifiesto error, el cual llevó, de suyo y lógicamente, a que, de otra parte, se entendiera que en contra del procesado concurría la circunstancia de mayor peligrosidad, advertida en el ordinal 3º del artículo 37 del mismo estatuto.

La causal segunda de casación invocada en primer término, de acuerdo con lo que se deja expuesto, debe entonces prosperar y, como consecuencia, también la primera, ya que, en verdad, resultan violados, por falta de aplicación, el artículo 28 del Código Penal y el ordinal 3º del artículo 37 del mismo texto legal, por indebida aplicación.

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

(Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres).

Vistos:

Se procede a resolver el recurso de casación que fue interpuesto contra la sentencia del 27 de octubre del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales condenó al señor Baltazar Rendón Tabares, como responsable del delito de homicidio en el señor Alfredo Marín Cardona, a la pena de "nueve (9) años de presidio" y accesorias del caso.

Hechos y actuación:

Los señores Baltazar Rendón y Alfredo Marín, quienes habitaban en la fracción de "Aguacatal", comprensión de la Inspección Departamental de Policía de "Llanogrande", en el Municipio de Neira, entraron en grave y peligrosa enemistad, en fuerza de que el segundo, casado con la señora Edilma Rendón, hermana del primero, se entregó a tratar pésimamente a su mujer, conducta a la que sumó, sin causa alguna que lo explique, una intemperante como pertinaz hostilidad en contra de aquél, al cual optó por causarle toda clase de males, aprovechando, además, cualquier oportunidad para increparlo en términos vejatorios y procaces. En estas condiciones llegó la mañana del 25 de octubre de 1960, fecha en la que se encontraron, de manera casual, en un camino cercano a los predios de Rendón, quien pocos momentos antes había apreciado que parte de sus sementeras estaba destruída, y entonces, convencido éste de que Marín tenía que ser el autor de semejantes daños, le reclamó al respecto, lo que dio lugar a que entre los dos se trabara una agria disputa, en cuyo desarrollo el citado Rendón, lleno de *"soberbia"*, por medio de tres disparos de escopeta y un machetazo, segó la vida de su enemigo.

De estos hechos conoció el Juzgado 2º Superior de Manizales, el cual, entendiéndolos como constitutivos del delito de homicidio, en sentencia del 27 de julio del año pasado, dictada con arreglo a los trámites del Decreto 0012 del 4 de junio de 1959, condenó al procesado Rendón Tabares, como responsable de ellos, a la pena de "treinta y dos meses de presidio" y accesorias del caso, fallo que el Tribunal de la misma ciudad reformó en el suyo del 27 de octubre del año en cuestión

para inponer al acusado la pena de "nueve (9) años de presidio".

Demanda de casación:

En la demanda, formulada con arreglo a las exigencias legales, el recurrente, por conducto de su apoderado, invoca las causales de casación previstas en los ordinales 2º y 1º del artículo 567 del Código Penal, esta última como consecuencia obligada de aquélla.

Al amparo de la predicha causal 2ª, se pretende que en la sentencia acusada, "por errada interpretación o apreciación de los hechos", vino a desconocerse que Rendón Tabares, en la muerte de Marín Cardona, obró "en estado de ira o de intenso dolor causado por grave e injusta provocación", vale decir, dentro de las condiciones a que se contrae el artículo 28 del Código Penal, tesis en cuyo desarrollo y sustentación se hace un amplio y detenido examen de la prueba recogida en el expediente, la que, en sentir del impugnador, acredita que la conducta del procesado estuvo determinada, en el momento de los sucesos, de una parte, por el conocimiento que tenía del pésimo trato que Marín Cardona proporcionaba a su cónyuge, señora Edilma Rendón, hermana suya, y, de la otra, por el convencimiento de que era el mismo sujeto el que, en la misma mañana de autos, le había ocasionado graves daños en sus sementeras, todo lo cual, en fuerza de ser grave e injusto, integró la modalidad atenuante de que trata el mencionado texto legal.

Consecuente con la tesis que se deja reseñada, el recurrente sostiene, además, que la sentencia "erró flagrantemente" al afirmar que "el sindicado obró con la circunstancia 3ª del artículo 37 del Código Penal, esto es con motivos fútiles o desproporcionados al hecho", para en esa suerte intensificar la sanción.

Con apoyo en la causal 1ª, el demandante afirma que esa "errónea interpretación de los hechos" que determinó el desconocimiento de la modalidad atenuadora de la responsabilidad, llevó a que se violara, por falta de aplicación, el artículo 28 del Código Penal.

De acuerdo con las tesis planteadas, la demanda concluye con la siguiente petición:

"Con base en los hechos y fundamentos legales expuestos, comedidamente solicito de vosotros que dando aplicación al artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, invalidéis parcialmente la sentencia proferida por el honorable Tribunal Superior de Manizales, en la causa seguida contra Baltazar Rendón Tabares, de condiciones civiles y personales conocidas, por el delito 'del homicidio', para que en su lugar dictéis fallo en el cual se disponga condenarlo a la sanción correspondiente a la atenuación de la responsabilidad contemplada por el artículo 28 del Código Penal, sanción que debe ser de dos años ocho meses de presidio, más las accesorias de rigor, ya que en el acusado sólo concurren circunstancias de menor peligrosidad".

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, luego de un estudio cuidadoso, detenido e ilustrado de la demanda y su argumentación, estudio del que se irán haciendo las transcripciones que se estimen oportunas, solicita, conforme con las tesis del recurrente, lo que sigue:

"Acorde con los puntos de vista expuestos, este Ministerio Público pide atentamente a esa honorable Corte se sirva obrar en consonancia con lo dispuesto por el artículo 570 del Código de Procedimiento Penal" (ordinal a).

Para resolver se considera:

El procesado Baltazar Rendón, explicando las razones que lo determinaron a segar la vida de Marín Cardona, embargado por la *"soberbia"*, como él mismo lo dice, luego de que se refiere a la destrucción de su sementera y a la convicción que tuvo de que ello había sido obra de su cuñado, anota que "además *le daba mala vida a mi hermanita, cada rato bajaba a la casa aporreada"* y trataba procazmente a su misma hija mayor, de nombre Marina, personas a las cuales "ahora veinte días les dio una pela", hecho que obligó a la primera a concurrir a la Inspección de "Llanogrande", con el fin de "poner la queja para que pusieran remedio", y así "vino la autoridad en busca de él". El acusado remata todo esto en los siguientes expresos términos:

"... por la tarde se me aventó a la casa tratándome mal, mentándome la madre, diciéndome que yo por qué tenía que echarle la Policía encima, entonces me dijo que andaban detrás de él, me manifestó diciéndome que a mí nada me importaba la vida de Oliva (su mujer Edilma), que la mataba que porque era de él, que hacía lo que le daba la gana, que no era sino un sampón (sic); yo le dije a Alfredo que más bien se convenciera de las cosas, y entre otras cosas le dije que yo no había ido a echarle la Policía, me contestó diciendo: sí fuites (sic), gran...".

A los autos se incorporó copia de la queja que formuló, ante la Inspección de Policía, con fecha 6 de octubre, la señora Edilma Rendón contra su marido el señor Marín Cardona. En esa queja la dama en cuestión dijo:

"Acontece, señor Inspector, que la vida con mi esposo es intolerable, soy madre de numerosa familia, y resulta que a más de eso no da buenos ejemplos a la familia, y una jovencita que tengo de trece años le da malos tratos y depresión moral, es decir, en una palabra, la vida es intolerable, inclusive que la finquita que trabajo, del cafecito que cojo o recolecto, sin mi consentimiento, lo vendió y nada nos dio, otras veces ha hecho robos en la casa, como fue un pulso que se me llevó para dársele a otra mujer, todos estos malos ejemplos los da a la familia, y hoy últimamente aporreó fuertemente y tirarme hasta lesionarme, pues muchas veces lo ha hecho y en prueba de ello muestro las cicatrices (presenta huellas de violencia, planazos)".

Este documento, cuyo contenido encuentra respaldo en múltiple prueba testimonial, acredita, con creces, el pésimo trato que Marín Cardona daba, no sólo a su cónyuge, sino a toda su familia, situación de la que, sin duda, estaba enterado el procesado Rendón Tabares, como él mismo lo afirma y se deduce, lógicamente, del hecho de ser hermano de doña Edilma.

En la sentencia acusada, aunque se reconoce ese inusitado tratamiento que Marín Cardona proporcionaba a su legítima mujer, ninguna trascendencia se le dio, y es así como allí se encuentra lo que sigue:

"... el motivo por el cual éste cometió el homicidio, se concluye de manera irrefutable, que no fue el de *las relaciones entre el occiso y la esposa* de éste, pues no aparece que por esto hubiera protestado nunca, ni tampoco en el momento del homicidio dio manifestación de disgusto por esto".

Como es obvio, para formular esta apreciación fue necesario, de una parte, prescindir de la indagatoria del procesado, donde éste señala que, al lado de la destrucción de su sementera y en orden a determinar su conducta homicida, actuó el conocimiento que tenía del pésimo trato que el occiso daba a diario a su hermana doña Edilma, y, de la otra, de la lógica que en lo regular rige los sentimientos humanos, la cual, ciertamente, proclama que lesionados en la forma como lo expresa Rendón Tabares, conducen a un estado de amargura, de abatimiento y, en últimas, de profundo dolor, estado que, en la sentencia acusada, no obstante aparecer integrado conforme a las exigencias del artículo 28 del Código Penal, se desconoció, precisamente por errónea interpretación de los hechos acreditados en el proceso.

En el fallo impugnado se reconoce que Rendón Tabares comprobó, la mañana de autos, que sus sementeras ofrecían graves daños. Este es, pues, un hecho del que hay que partir sin entrar a discutirlo, aunque conviene anotar que son varios los elementos de juicio que lo acreditan. La cuestión, en consecuencia, se reduce a establecer si Rendón Tabares, sin apartarse del buen juicio y de la común facultad deductiva, podía atribuír a Marín Cardona la realización de esos daños, fenómeno que en la sentencia se rechaza en consideración a que, como allí se expresa, no está probado "que el occiso los hubiera causado ni que el sindicado lo hubiera visto en tal ejecución".

En los autos, en efecto, no se encuentra prueba directa respecto a que Marín Cardona hubiera sido el autor de los daños a que se alude. Pero se cuenta, en cambio, con numerosos indicios que, cuando menos, permitían a Rendón Tabares albergar esa convicción.

En primer lugar, aparece la personalidad de Marín Cardona, delineada, conforme al testimonio de numerosas personas, como la de un *"bribón"*, dispuesto, en todo momento, a causarle a las gentes de su medio toda clase de daños. En segundo lugar, se cuenta con la descripción de su conducta en el propio hogar, conducta pésima, de maltrato y vejámenes a su cónyuge y a sus hijos, personas a las que incluso robaba para atender a sus vicios, según de ello informó aquélla, pocos días antes de los sucesos, en la queja que presentó contra su marido en la Inspección de Policía de "Llanogrande". En tercer lugar, por cierto de manera elocuente, ahí están las relaciones entre los cuñados, también pésimas, desde luego no por culpa de Rendón Tabares sino del occiso, quien dando cauda a su temperamento agresivo, estuvo a la caza de la oportunidad para agredirlo, ofenderlo y humillarlo, no obstante su carácter pacífico, destacado y ponderado por varios de los testigos que se pronunciaron, a lo largo de la investigación, en torno a sus condiciones.

En las predichas circunstancias, frente a los hechos reseñados, era lógico, absolutamente natural, que Rendón Tabares, tan pronto observó los daños en sus sementeras, dedujera, como lo hizo, que ellos obedecían a la maléfica actividad de Marín Cardona. Cualquiera, en su caso, habría sacado esa conclusión, la cual, es casi seguro, no fue equivocada, en fuerza del rigor que

ofrece con relación a los diversos factores que se anotan. De ahí que el señor Procurador emita, en el particular, el siguiente concepto, elaborado mediante el estudio previo de las pruebas del proceso:

"Para este Ministerio Público no ofrece duda alguna el aspecto de que fue Marín —y no ninguna otra persona— quien infiriera los graves daños a la propiedad de Rendón Tabares, en la mañana del 25 de octubre de 1960. Como atrás se ha dejado establecido, esta situación fue totalmente desechada por el sentenciador *ad quem*, quien hace la afirmación de que Rendón 'se supuso' que fuera Marín el autor del desafuero, pero que esto no estaba probado en autos. La comprobación sí existe, se demostró por el opositor, y se aceptó por esta Agencia Fiscal".

Ahora, es claro que ese convencimiento de Rendón Tabares, plenamente justificado, respecto a que Marín Cardona había sido el autor de los daños a sus bienes, tenía que llevarlo al estado de ira de que informó en su propia indagatoria en la frase *"me llené de soberbia y le disparé"*, estado de ira que, como de suyo se comprende, se generó en grave e injusta provocación, la cual vino a sumarse a la que, con el carácter de crónica, tuvo origen en el trato a la hermana del procesado, determinador, a su turno, como quedó demostrado, del estado de intenso dolor de que atrás se habló. La gravedad e injusticia de la provocación, por razón de los daños a las sementeras, es algo de que no puede dudarse, fuera de que lo demuestra el señor Procurador por medio de la siguiente argumentación irrefutable:

"Todo este complejo emocional y psicológico hizo su desfogue o explosión en el instante en que Rendón se dio cuenta de los torpes y graves daños que Marín causara a su propiedad, seguramente incitado por el móvil oscuro de la venganza.

"Esta provocación, con su modesta capacidad de campesino, es indudable que Rendón desde su indagatoria, la ha presentado a las autoridades: es el estado de ira de que habla el artículo 28. También con ellas ha delineado el correspondiente intenso dolor que la afrenta que le hizo Marín le suscitó. De qué manera podemos considerar la entidad de esta afrenta: ¿como leve o como grave? Plausible es para este Despacho la interpretación que del alma campesina hace el impugnador al folio 34 de su demanda: la comparte totalmente y la pone en función propia para dictaminar sobre él que el ataque hecho a los bienes de Rendón fue realmente grave, fue grave la provocación, a más de grave, fue injusta.

"Que fue injusta lo demuestra la ausencia de actividades emanadas de Rendón que propiciaron y determinaron la actuación de Marín; que fue injusta, lo acusa la conducta personal del procesado en su vida anterior a los hechos por los cuales se le acusa y que nunca dio pábulo equitativo para que Marín asumiera posiciones de venganza sobre sus intereses.

"En criterio de este Despacho Rendón Tabares ocasionó la muerte de Marín en estado de ira o de intenso dolor, y de acuerdo con los dictámenes del Código Penal en su artículo 28".

De manera que, al desconocerse, dentro de la sentencia acusada, el hecho de que Rendón Tabares consumó la muerte de Marín Cardona en las condiciones previstas en el artículo 28 del Código Penal, se incurrió en grave y manifiesto error, el cual llevó, de suyo y lógicamente a que, de otra parte, se entendiera que en contra del procesado concurría la circunstancia de mayor peligrosidad, advertida en el ordinal 3º del artículo 37 del mismo estatuto.

La causal 2ª de casación, invocada en primer término, de acuerdo con lo que se deja expuesto, debe entonces prosperar y, como consecuencia, también la 1ª, ya que, en verdad, resultan violados, por falta de aplicación, el artículo 28 del Código Penal y el ordinal 3º del artículo 37 del mismo texto legal, por indebida aplicación. En esta suerte, como lo indica el aparte a) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, procede dictar la sentencia que haya de reemplazar la recurrida y que se invalidará en esta providencia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, acorde con el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *invalida* la sentencia recurrida, y en su lugar *condena* al procesado Baltazar Rendón Tabares, como responsable del delito de homicidio en la persona de Alfredo Marín Cardona, a la pena de *dos (2) años y ocho (8) meses de presidio*, lo mismo que al pago de los perjuicios causados con el delito y, además, a las penas accesorias de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal; pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial; pérdida de la patria potestad si la tuviere; pérdida

a favor del Estado de las armas con que consumó la infracción, y, por último, publicación especial de esta sentencia.

El procesado tendrá derecho a que se le descuenten como pena cumplida, el tiempo de detención preventiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

PROCESO POR FALTAS CONTRA LA ETICA PROFESIONAL EN EL EJERCICIO DE LA ABOGACIA QUE CULMINO CON SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO

A pesar de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 69 de 1945, cuando aparezca que el acusador no procedió de mala fe, no es forzoso ordenar la investigación por calumnia.

De acuerdo con el artículo 10 de la Ley 69 de 1945, las providencias que ponen término a esta clase de procesos son las "sentencias condenatorias" y las de "sobreseimiento".

Y si bien en el artículo 12 del mismo estatuto se habla de "sentencia absolutoria", se compagina más con la calidad del proceso que regula la Ley 69 de 1945, que no hace tránsito de sumario a juicio, la decisión absolutoria mediante sobreseimiento definitivo, que es equivalente a lo que se hace al calificar el mérito del sumario cuando se tienen los requisitos del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal en el procedimiento ordinario.

De otra parte, la Sala ha dicho en varias oportunidades que por razones de equidad, cuando la acción penal está prescrita pero resulta evidenciado que el procesado es inocente, cabe sobreseer definitivamente en su favor, si el proceso se encuentra en la etapa del sumario, o absolverlo si la prescripción se presenta en la etapa del juicio.

No obsta lo anterior el que se diga en el referido artículo 12 de la Ley 69 de 1945, que "cuando la sentencia definitiva fuere absolutoria se seguirá de oficio el procedimiento por calumnia contra el autor o autores de la denuncia", y aparezca que el acusador no procedió de mala fe y no quepa, ciertamente, adelantar proceso en su contra, porque es lógico que cuando el delito de calumnia no resulte cometido tal mandato es improcedente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, noviembre veintinueve de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos:

El Tribunal Superior de Tunja, mediante auto de 19 de septiembre del corriente año, sobresee definitivamente en favor del doctor Isidro Gil Neira, respecto de los cargos que le formulara Arturo Peña García por faltas contra la ética en el ejercicio de la abogacía.

Anota el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal que el proceso se inició el 10 de agosto de 1959, pese a lo cual (pues la acción penal había prescrito para la fecha de la providencia consultada, antes aludida) el *a quo* consideró del caso examinar a fondo la cuestión, después de lo cual sobreseyó definitivamente en favor del acusado, como se dejó dicho.

Y, con este particular, observa el Ministerio Público lo que pasa a transcribirse:

"Conforme a lo enseñado por la honorable Corte en diversas ocasiones, en casos como el presente, lo debido no es sobreseer sino absolver al querellado, y entre una y otra cosa hay marcada diferencia, pues si se decreta la absolución, indefectiblemente debe darse cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley 69 de 1945, para que se inicie una acción por calumnia contra el querellante, cosa ésta que el honorable Tribunal de Tunja no ordenó.

"Pero al mismo tiempo se halla de por medio el fenómeno de la prescripción de la acción disciplinaria, como ya se dijo, el cual viene a favorecer al querellante, en cuanto a la aplicación del referido artículo 12, ya que en virtud de ella no hay lugar a ordenarse investigación alguna.

"Si la providencia consultada ha de revocarse sustituyéndose el sobreseimiento definitivo por la absolución, creándose, así, una situación que pudiera ser arbitraria para el querellante, resulta más equitativo optar por la vía de la prescripción que, en forma satisfactoria pone a salvo las intereses del querellado y los de su acusador.

"En consecuencia, el suscrito Procurador 1º Delegado en lo Penal atentamente solicita de la honorable Corte que revoque el proveído que le ha sido consultado por el honorable Tribunal Superior de Tunja en el presente negocio, y, en su lugar, declare prescrita la acción penal disciplinaria, ejercida contra el señor abogado querellado, doctor Gil Neira, disponiendo la cesación de todo procedimiento contra él y el archivo del negocio".

La Sala considera:

De la investigación adelantada se desprende que lo sucedido no fue otra cosa que la falta de entendimiento respecto de quiénes de los herederos en la sucesión de la señora Delfina García viuda de Peña debían cubrir los honorarios del doctor Isidro Gil Neira, por su gestión profesional en el juicio correspondiente, sin embargo, de que quien lo ocupó fue el denunciante, señor Arturo Peña García.

La queja, pues, no encontró respaldo en las pruebas traídas al proceso y ella, como lo observa el *a quo,* bien parece que fue debida a que su autor "creyó, de buena fe, que el proceder del doctor Gil Neira era constitutivo de falta contra la ética profesional", la que ciertamente no existió.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 69 de 1945, las providencias que ponen término a esta clase de procesos son las "sentencias condenatorias" y las de "sobreseimiento".

Y si bien en el artículo 12 del mismo estatuto se habla de "sentencia absolutoria", se compagina más con la calidad del proceso que regula la Ley 69 de 1945, que no hace tránsito de sumario a juicio, la decisión absolutoria mediante sobreseimiento definitivo, que es equivalente a lo que se hace al calificar el mérito del sumario cuando se tienen los requisitos del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal, en el procedimiento ordinario.

De otra parte, la Sala ha dicho en varias oportunidades que por razones de equidad, cuando la acción penal está prescrita pero resulta evidenciado que el procesado es inocente, cabe sobreseer definitivamente en su favor, si el proceso se encuentra en la etapa del sumario, o absolverlo si la prescripción se presenta en la etapa del juicio.

No obsta lo anterior el que se diga en el referido artículo 12 de la Ley 69 de 1945 que "cuando la sentencia definitiva fuere absolutoria, se seguirá de oficio el procedimiento por calumnia contra el autor o autores de la denuncia", y aparezca, como en este negocio, que el acusador no procedió de mala fe y no quepa, ciertamente, adelantar proceso en su contra, porque es lógico que cuando el delito de calumnia no resulte cometido, tal mandato es improcedente.

De lo antes expuesto corresponde confirmar la providencia objeto de la consulta.

Por las razones antes señaladas, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo, en parte, con el concepto del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, *confirma* la providencia del Tribunal Superior de Tunja, de que se ha hecho mérito, por la cual sobresee definitivamente en favor del doctor Isidro Gil Neira, respecto de los cargos que le fueron hechos por supuestas faltas contra la ética profesional.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez Abad, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León, Secretario.

PROCESO POR ESTAFA TRAMITADO DE CONFORMIDAD CON EL DECRETO 0014 DE 1955

Complejidad jurídica del caso. — Participación o complicidad. — Error de hecho en la apreciación de las pruebas del proceso. — La causal 3ª de casación no es cuestión que pueda aducirse en procesos tramitados conforme al Decreto 0014 de 1955.

1. Haberse impulsado la investigación dentro de los estrechos moldes del Decreto 0014 de 1955, sin reparar el instructor en la complejidad jurídica del caso, propició que a los hechos se les asignara la condición de un delito contra la propiedad y que obligadamente se descartaran otras hipótesis penales que, dentro de un procedimiento ordinario de instrucción y de juzgamiento, habrían podido aclararse, así como la verdadera y concreta participación de las distintas personas implicadas en los hechos.

Tal anomalía llevó la actuación procesal a definir la infracción, con los elementos de juicio disponibles, como estafa, calificación adoptada por el sentenciador de segundo grado y acerca de cuya exactitud no podría la Corte pronunciarse dados los motivos de casación que le han sido propuestos.

2. Es materia elemental en la participación o complicidad —cualquiera que sea su grado— demostrar que se ha tomado parte en el hecho delictuoso, que voluntariamente se ha cooperado en su comisión, necesaria o accesoriamente, que ha existido un vínculo moral con los autores, que se les ha instigado, inducido o propuesto el delito, o que de ellos se ha aceptado la proposición criminal para llevar a término actos comprensivos del iter criminis, sean anteriores, coexistentes y posteriores al reato.

3. Dados los presupuestos procesales, se está ante el motivo de casación previsto en la causal 2ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, porque el sentenciador atribuyó a determinados hechos un valor probatorio que no tienen, inválidos para una condenación de acuerdo con el artículo 203, ibídem. Al no estar legalmente demostrada la participación de uno de los procesados en la infracción cometida por los otros, el recurso prospera y compete a la Corte proceder en la forma indicada en la regla a) del artículo 570 del Código de la referencia.

4. La causal tercera no es cuestión que pueda aducirse en procesos tramitados conforme al Decreto 0014, ya que ninguna equivalencia hay entre el auto de detención y el auto de llamamiento a juicio. No existiendo en dicho procedimiento calificación de fondo del sumario, lógicamente las instancias están facultadas para dar denominación jurídica al delito en la sentencia.

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

(Magistrado ponente, doctor Gustavo Redón Gaviria).

Vistos:

Procede la Sala, surtidos los trámites de rigor, a decidir de fondo sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia proferida el 21 de octubre de 1961, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en lo que respecta a los procesados *Carlos Rubio de la Hoz* y *Oscar Gregorio Herrera Rodríguez,* condenados, como responsables del delito de estafa, en la forma y condiciones de que se tratará en el curso de esta providencia.

Hechos y actuación procesal.

1º Se investigó en estos autos, por los trámites previstos en el Decreto legislativo 0014 de 1955, un delito contra la propiedad, de que fue víctima el Banco Cafetero —Sucursal de Barranquilla—, y del cual resultaron sindicados *José Demetrio Páez Polo, Oscar Gregorio Herrera Rodríguez, Jesús Alberto Ibáñez, Carlos Rubio de la Hoz* y otros. De los hechos da la sentencia de primer grado la siguiente versión:

"En las horas de la tarde del día treinta y uno (31) de diciembre del año próximo pasado (1960) el señor Revisor del Banco Cafetero, Clemente Vallés Alonso, puso en conocimiento del Gerente de la institución el hallazgo de una grave irregularidad en el saldo de la cuenta corriente de la Sindicatura de la Beneficencia del Atlántico, que en tanto que en la cuenta correspondiente figuraba un saldo por la suma de veintidós mil novecientos setenta pesos con noventa y cuatro centavos ($ 22.970.94), tal saldo se elevaba, en los extractos de la misma cuenta, a la cantidad de ciento treinta y cuatro mil setenta pesos con noventa y cuatro centavos ($ 134.070.94), sin que, por otra parte, apareciera operación contable alguna que justificara tan crecida deducción de los depósitos.

"La cuenta corriente de la Sindicatura de la Beneficencia del Atlántico era llevada en el Libro número 3, y, por consiguiente, ni el Revisor ni el Gerente del Banco tuvieron dificultad alguna en determinar como responsable de lo ocurrido al empleado encargado de llevar ese libro, el auxiliar de cuentas corrientes, señor Oscar Herrera Rodríguez, a quien llamaron en efecto para que explicara los graves hechos descubiertos.

"Resultado de la reunión celebrada con el sindicado Herrera Rodríguez fue la amplia explicación de él obtenida sobre la forma como había venido operando el sistema a virtud del cual se había producido la sustracción de las sumas que integraban el faltante descubierto, y la sindicación y detención del señor José Demetrio Páez Polo, Jefe de Cuentas Corrientes del Banco Cafetero, y su superior inmediato en la institución bancaria.

"De tales explicaciones, corroboradas por el sindicado Páez Polo, aparecía admitido por ambos que éste había ofrecido de su cuenta y riesgo a ciertas personas, amigas suyas, las cantidades de dinero que se le solicitara por ellas, inventando al efecto un trámite bancario especial que le permitía, con el auxilio de su auxiliar de cuentas corrientes, retener cheques sin fondos, sustraer de otras cuentas las sumas necesarias, entregar el dinero correspondiente y burlar los controles contables del Banco.

"Tanto el empleado Páez Polo como las personas beneficiadas con las sustracciones realizadas por él han admitido y declarado que fue aquél quien de manera espontánea ofreció entregar esas sumas, que lo hizo sin solicitar explícitamente nada para sí y que, finalmente, hizo aparecer el asunto como si se tratara del otorgamiento de simples sobregiros bancarios.

"El sindicado Páez Polo aparece dentro del proceso como el organizador del sistema mediante el cual aparecía como Gerente de su propio banco dentro de la organización bancaria de la que era simple empleado, y el sindicado Herrera Rodríguez, por su parte, aparece como su subalterno, ejecutor de sus disposiciones.

"Ninguno de los dos sindicados detenidos tenía en su poder los dineros del Banco —función que corresponde a los Cajeros—, pero Páez Polo, como Jefe de Cuentas Corrientes, tenía la facultad de ordenar el pago de los cheques girados contra las cuentas depositadas al cuidado y guarda del Banco Cafetero de que era empleado, y empleado de confianza por ello...".

2º La oficina instructora (Inspección Primera de Policía Municipal de Barranquilla), después de practicar las diligencias investigativas que estimó de más importancia, dictó el 7 de enero de 1961 la providencia que obra de folios 49 a 66 del cuaderno principal. En ella, previo el examen de las pruebas, estructuró la infracción como *estafa*, atribuyendo su comisión sólo a los empleados Páez Polo y Herrera Rodríguez, cuya detención preventiva dispuso, así como la apertura a pruebas del negocio por el término de cuarenta (40) días, de acuerdo con el artículo 60 del Decreto 0014 de 1955, "dentro de los cuales se practicarán las diligencias faltantes ordenadas en el auto cabeza de proceso, las que las partes soliciten y todas aquellas que este Despacho estime conducentes".

De los planteamientos hechos por el funcionario investigador en ese proveído importa transcribir:

"... En el caso que nos ocupa el sindicado José Demetrio Páez Polo, en su calidad acreditada de Jefe de Cuentas Corrientes del Banco Cafetero, en combinación con el cuentacorrientista y subalterno Oscar Herrera, daba orden a éste para que pusiera el respectivo sello de 'Visado' y la correspondiente inicial, en los cheques

girados, sin tener los fondos necesarios, ni aun una parte ínfima, por los señores Carlos Rubio de la Hoz, Jesús Ibáñez, Luis Sánchez, Orlando Amaya y Jorge Peña, cuyas cuentas se encontraban radicadas, por decirlo así, en el Libro número 3 por él manejado. Para justificar su proceder, los sindicados Oscar Herrera y José Páez Polo nos dicen que ellos otorgaron sobregiros a los señores mencionados anteriormente, como beneficiados, bajo promesa de éstos de cubrirlos a la mayor brevedad y por ser además clientes del Banco. Las pruebas allegadas al informativo demuestran, en forma clara y precisa, que los sindicados Páez y Herrera no tenían atribución alguna para conceder sobregiros, estando limitada esta actividad al Gerente y al Subgerente. Al recibir el Cajero el cheque con el sello de 'Visado', necesariamente debía proceder al pago del cheque sin dilaciones, y claro, incurría en error con fuerza suficiente para mover su consentimiento. Vemos igualmente que los sindicados Páez y Herrera cargaban los dineros entregados por ventanilla o canje, de conformidad con los cheques girados sin fondos suficientes y sin autorización de sobregiros, primero a la cuenta de Martínez Martelo, posteriormente a la de 'Acueductos y Alcantarillados del Atlántico S. A.', y por último a la de la Sindicatura de la Beneficencia del Atlántico. En ningún momento, y en ese caso sí estaría justificada la excusa por ellos dada en su indagatoria, cargaron los dineros entregados a la cuenta de las personas beneficiadas, y así observamos cómo en la hoja de dichos señores no aparece en ningún momento el rojo, indicador de que dichas cuentas quedaron sin dinero. Sabemos igualmente que Páez ordenó a Herrera, previo asentimiento de éste, poner el sello de 'Visado' a un cheque girado por su cuñada sin los fondos necesarios, y hasta la presente no aparece cargado el valor de dicho cheque a la cuenta de dicha señora. En igual sentido procedio Páez con un cheque de un mil pesos girado por un primo suyo llamado Manuel Massau. Herrera pagó igualmente, o por mejor decir, ordenó con el sello de 'Visado' pagar un cheque de un mil pesos girado por Luis Sánchez sin los fondos suficientes, y tampoco aparece dicho dinero cargado a la cuenta de Sánchez. Sabemos por los sindicados, que en ambos casos recibieron el dinero para la consignación, pero no han explicado en forma clara por qué no la efectuaron. Esto será motivo de especial estudio por parte de este Despacho, con posterioridad a la presente providencia. Está, pues, encuadrada la conducta de los sindicados dentro del primer elemento de la estafa. En cuanto al segundo elemento que los sindicados recibieron un provecho de su acción con las mismas declaraciones o manifestaciones que hicieron. No sobra aclarar que de acuerdo con la mayoría de los tratadistas el provecho puede recibirlo el actor o un tercero, y en este caso el provecho ilícito ha sido recibido por ambos. Tocante al tercer elemento, es claro que el Cafetero sufrió una merma en su patrimonio, con las declaraciones de los señores Vallés y Jimeno, con las fotocopias de la cuenta de la Sindicatura (sic). Se encuentran, pues, reunidos los tres elementos distintivos de la estafa.

"En lo que hace relación a la situación jurídica de los señores Jesús Ibáñez, Carlos Rubio de la Hoz, Jorge Peña, Luis Sánchez y Orlando Amaya, este Despacho estima que no es procedente por razones de técnica procesal detenerlos preventivamente y, además, ésta la razón fundamental, por no ver claro aún que sus acciones encuadren dentro de los artículos 379 y 383 del Código de Procedimiento Penal...".

3º La anterior resolución fue mantenida en un todo al desatar el recurso de reposición (fls. 149 a 163 del cuaderno principal), y sobre el recurso de alzada, subsidiariamente interpuesto, el Tribunal no se pronunció por haberle llegado al mismo tiempo el expediente original para revisar la sentencia de instancia.

4º Muchas diligencias fueron llevadas a cabo luego del auto de detención, si bien dejaron de practicarse algunas, entre ellas las solicitadas por el apoderado de la parte civil, y, llegado el negocio al Juzgado Segundo Superior, vencido el término de las alegaciones, se produjo la sentencia (10 de junio de 1961), cuya parte resolutiva es de este tenor:

"1º Condenar, como condena, al sindicado José Demetrio Páez Polo, de condiciones civiles ya conocidas de autos, a la pena principal de dos años y medio de prisión y a las penas accesorias respectivas, como penalmente responsable de la comisión del delito de hurto de que trata este proceso;

"2º Condenar, como condena, al sindicado Oscar Gregorio Herrera Rodríguez, de condiciones civiles también conocidas de autos, a la pena principal de dos años de prisión y a las penas accesorias respectivas, como penalmente responsable de la comisión de los mismo hechos;

"3º Condenar a ambos, como les condena, *in genere,* al pago de todos los perjuicios que hayan ocasionado con su hecho delictuoso o que hayan provenido de su comisión, y

"4º Declarar, como declara, que no hay prueba alguna de participación criminal en tales hechos respecto de los sindicados Jesús Alberto Ibáñez, Carlos Rubio de la Hoz y Luis A. Sánchez Pérez, indagatoriados dentro de esta investigación".

Para fundar su decisión, la instancia se ocupa en la parte motiva no sólo de los elementos de prueba contra los sindicados sino de enmarcar su conducta dentro de un tipo penal distinto al señalado en el auto de detención, interpretando los alcances que este proveído tiene frente al procedimiento especial del Decreto 0014.

Dice, en sus apartes principales, la sentencia de primer grado:

"De lo expuesto hasta aquí y de las disposiciones que se han transcrito anteriormente, aparece bien claro que el auto de detención preventiva es una medida provisional que no requiere más pruebas que los elementos indicados en los artículos 379 y 383 del procedimiento ordinario (ar. 55 del D. L. 0014); que no existe diferenciación procesal entre sumario y juicio como en el procedimiento ordinario, desde luego que todo el proceso del Decreto legislativo 0014 es breve y sumario, desde el auto cabeza de proceso hasta la sentencia definitiva, lo que permite designar apoderado y no defensor del sindicado una vez proferido el auto de detención (arts. 57 y 58 del D. L. 0014), e incluso revocar la detención misma no obstante el vencimiento del período de puebas (art. 68, ibídem), y, como resultado de todo lo anterior, que si no ha existido mérito para detener menos puede haberlo para dictar sentencia condenatoria; que la denominación que se dé a la infracción en el auto de detención es como la misma providencia esencialmente provisional y que, finalmente, la sentencia, si es condenatoria, debe contener la demostración, o las plenas pruebas del delito de que se trate y de la responsabilidad correspondiente, según las normas generales (art. 203 C. de P. P.).

"Establece el artículo 272 de procedimiento penal que los elementos tipificantes del delito señalados en la respectiva disposición penal, deben tomarse como base para la comprobación del cuerpo del delito de que se trate, y como a los sindicados dentro de este proceso se les señala como autores o partícipes de la comisión de un delito contra la propiedad, tales elementos son los indicados en los artículos 397 y siguientes del Código Penal, que tratan de tales infracciones.

"Sin embargo, como se trata de dictar sentencia, y según ha quedado visto no basta al efecto de denominación genérica de la infracción —que ya no se investiga, como al dictarse auto de detención—, sino que debe estar plenamente demostrada y, por tanto, completamente determinada como resultado de tal investigación, fuerza es que, ante todo, se proceda a esa determinación, con base en los hechos acreditados del proceso:

"De tales hechos aparece acreditado que los sindicados no tenían en su poder ni les eran entregadas las sumas de dinero que movía el Banco dentro del giro ordinario de sus actividades —como se entregan en efecto a los cajeros pagadores—, circunstancia que permite desechar la comisión de un delito de abuso de confianza.

"Aparece igualmente acreditado que no existió por parte de los sindicados el empleo de violencias físicas o morales para la obtención de los dineros, circunstancia que permite desechar asimismo la comisión de los delitos de robo y de extorsión y chantaje.

"Aparece finalmente acreditado que los sindicados no emplearon artificios o engaños a efecto de inducir a terceras personas —al Banco en tal caso— en un error tal que esas terceras personas o el Banco entregara a los sindicados los dineros correspondientes, lo que permite desechar también la comisión del delito de estafa, pues, en efecto, para que esta infracción se pueda realizar jurídicamente, se precisa que la causa del aprovechamiento patrimonial sea determinada por el engaño, artificio o fraude que se emplean al efecto para inducir a error y, además, que los bienes sean entregados por la víctima libremente a los autores del delito por virtud de tal engaño, ninguna de cuyas condiciones se da en el asunto *sub judice*, lo primero, porque los engaños, artificios y fraudes utilizados por los sindicados dentro de este asunto no fueron cometidos para inducir en error al Banco ni para que éste, movido por tal error, entregara a aquéllos determinadas sumas de dinero, sino para todo lo contrario, que es decir, para que el Banco no descubriera que habían sido tomadas tales sumas de dinero sin que la entidad lo autorizara, sin que el Banco las entregara, como debía hacerlo forzosamente; lo segundo, porque los sindicados en este caso y, concretamente, el Jefe de Cuentas Corrientes tenía la facultad de ordenar él mismo la entrega de las sumas correspondientes, y se comprende bien que en tal evento no tenía necesidad alguna de engañar a nadie para hacerlas entregar, bastándole al efecto ejercer sus atribuciones ordinarias u ordenando la entrega so pretexto de ejercerlas.

"Si se cometió algún delito, en consecuencia, no queda otra infracción contra la propiedad distinta a la del hurto por analizar, y a ello se procede, de conformidad con los elementos tipificantes de la infracción señalados en el artículo 1º de la Ley 4ª de 1943, 397 del Código Penal, a saber:

"1º *Sustracción de una cosa mueble ajena;*

"2º *Sin consentimiento del dueño, y*

"3º *Con el propósito de aprovecharse de ella*".

Como en sentir del Juzgado del conocimiento, esos elementos son los integrantes de la infracción averiguada en el proceso, con base en la prueba que obra en contra de los dos empleados del Banco, dictó la condenación y excluyó de toda participación a los demás individuos sindicados en el curso de la sumaria, con estas finales consideraciones:

"Demostrada como aparece la responsabilidad de los empleados Páez Polo y Herrera Rodríguez en la comisión del delito de hurto de que se hizo víctima al Banco Cafetero de esta ciudad, no ocurre lo propio en relación con las personas que obtuvieron ciertamente un aprovechamiento como resultado de la comisión de tal delito, pues de sus propias declaraciones e, incluso, de las declaraciones de los dos empleados responsables, no aparece en parte alguna que hubiesen concertado previamente, de manera transitoria o permanente, la comisión del hurto; ni que hubiesen inducido a los empleados del Banco a cometerlo; ni que, finalmente, sabiendo que aquéllos lo habían cometido, aseguraran el producto o fruto del mismo.

"No ha encontrado, pues, este Despacho, fundamento alguno para ordenar la investigación de los delitos de encubrimiento (art. 200, C. P.) de que pudieran ser responsables los señores Ibáñez, De la Hoz y Sánchez, para no contar sino a quienes han rendido indagatoria dentro de este asunto; ni para responsabilizarlos como autores intelectuales de la comisión del hecho, ni para señalarlos como coautores, cómplices necesarios o auxiliadores de los directamente responsables.

"Ni de las declaraciones de los empleados responsables, ni de las propias de los beneficiarios, ni de los careos sostenidos entre unos y otros, aparece prueba alguna contra ellos, ni de concierto, ni de inducción, ni de que tuvieran conocimiento cierto de la comisión del delito.

"En tales circunstancias deben ser absueltos de la sindicación que se les ha formulado, al llamarles a rendir declaración-indagatoria dentro de este asunto".

5º El *ad quem,* en el fallo recurrido en casación, reformó la decisión del Juzgado, y dispuso condenar a Páez P., Herrera R. y Rubio de la Hoz como responsables de *estafa continuada,* a la pena principal de 32 meses de prisión, parte de las sanciones accesorias del caso. Declaró, además, "que no hay prueba suficiente de responsabilidad penal en tales hechos respecto de los sindicados Jesús Alberto Ibáñez Nieto y Luis A. Sánchez Pérez, indagatoriados dentro de esta investigación".

No sobra, para una mejor comprensión de los motivos de cargo aducidos contra la sentencia y mayor claridad de las consideraciones que la Sala tendrá que hacer al desatar el recurso, traer a cita algunos de los razonamientos del Tribunal:

"Para que exista el delito de estafa es necesario que una persona induzca a otra en error, por medio de artificios o engaños para obtener un provecho ilícito con perjuicio de otro.

"Veamos si de las actividades irregulares de los sindicados se dan los extremos anotados. Todos a unos (sic) dicen que lo que hubo fue la concesión de sobregiros otorgados por los empleados Páez Polo con aquiescencia de Herrera Rodríguez, en beneficios de las personas que aparecen nombradas en esta providencia, sin que para ello tuvieran facultades por sus superiores jerárquicos del Banco, entonces resulta el siguiente interrogante: ¿por qué si los señores Páez Polo y Herrera Rodríguez concedieron aquella gracia a unos cuantos clientes del Banco e idearon los medios de evitar que sus actividades fueran descubiertas por sus superiores y procedieron a afectar cuentas corrientes de otras personas y ocultaban los cheques que llegaban a canje, girados por los beneficiarios de los sobregiros? Salta a la vista la existencia de artificios o engaños que conducían a los fines propuestos, que no eran otros que procurar un beneficio o provecho a unos terceros como eran las personas que recibían los dineros.

"... No comparte la Sala las apreciaciones que el *a quo* expone en la sentencia recurrida, relativa a sostener que aparece tipificado un delito de hurto. Y no las comparte, porque si se analiza la norma contenida en el artículo 397 del Código Penal se llega a la conclusión de que no aparecen conjugados los elementos axiológicos exigidos por esa disposición. En efecto, no aparece demostrado que los sindicados se hubieran sustraído los dineros de propiedad de la entidad bancaria, sin el consentimiento de aquella insti-

tución y con el propósito de aprovecharse de ellos. No, está acreditado en el proceso que no hubo aprovechamiento alguno por parte de los procesados Páez Polo y Herrera Rodríguez, pues ellos inducían al Banco a cierto error por medio de los artificios de que se valían para que no descubriera sus actividades irreglamentarias, con el propósito de que aquellas personas que recibían los beneficios con los sobregiros continuaran aprovechándolos".

6º Con relación a la conducta penal de quienes se acepta por los falladores recibieron beneficio de los empleados bancarios directamente comprometidos en el fraude a que el proceso se contrae, el Tribunal exculpa en la sentencia a Luis A. Sánchez Pérez y a Jesús Alberto Ibáñez Nieto. Al primero porque si bien "se sobregiró en el saldo de su cuenta corriente, también es lo cierto que él reintegró el sobregiro de un mil pesos ($ 1.000.00), en su oportunidad, muchísimo antes de que se descubriera el desfalco efectuado por José Demetrio Páez Polo y por Oscar Gregorio Herrera Rodríguez, y si éste dispuso de ese reintegro, no puede imputársele dolo alguno a Sánchez Pérez, quien no tuvo la intención de causar perjuicio alguno al Banco". Al segundo porque, no obstante del irregular uso del "sobregiro" hasta por $ 43.000.00, canceló lo adeudado, deduciéndose de sus explicaciones "que en él no hubo el propósito de apropiarse la cantidad de dinero antes mencionada ni en su actividad procedió con dolo, vale decir, con la intención de causar daño".

En cambio, para el *ad quem,* Carlos Rubio de la Hoz sí es responsable del delito de estafa, en el cual tomó parte, según estas apreciaciones del fallo:

"Ya hemos visto cómo el sindicado Herrera Rodríguez manifestó que desde el mes de mayo permitió, junto con Páez Polo, que Carlos Rubio de la Hoz cobrara cheques, sin fondos, del Banco Cafetero por canje, y que cada quince o veinte días, por esa actividad dolosa, los gratificaba con cheques de trescientos o cuatrocientos pesos. Luego el comportamiento de Rubio de la Hoz también es doloso, pues pagaba por prestar una cooperación necesaria, sin la cual no se habría apoderado de los dineros del Banco Cafetero.

"... Nótese que Rubio de la Hoz manifiesta que lo que él llama sobregiro, que obtuvo en cuantía que asciende a la suma de cincuenta y siete mil pesos ($ 57.000.00), por conducto de Páez Polo y Herrera Rodríguez, podría cubrirlo normalmente con el producto del gran movimiento de su negocio; y resulta que hasta la fecha no ha cancelado un solo centavo de esa cuantiosa suma, obtenida subrepticiamente por el sistema de canje de cheques sin fondos, de donde se desprende su intención dolosa de apropiarse de dineros del Banco. ¿Cómo es posible que desde mayo a diciembre de 1960 obtuviera esos dineros, por el sistema de canje, a sabiendas Rubio de la Hoz de que no tenía fondos, y ni siquiera se acercara durante ese lapso a ver el modo de cubrirlo?

"De lo dicho tenemos que la actividad desplegada por Jesús Alberto Ibáñez Nieto y Luis A. Sánchez Pérez en el ilícito en investigación, no puede atribuírseles intención dolosa de apoderarse de los dineros del Banco, por la forma como ellos procedieron y de que se ha hecho mérito al estudiar la situación jurídica de cada uno de ellos en el proceso. No así la de Carlos Rubio de la Hoz, que, como se ha dicho antes, de su indagatoria y de los demás elementos probatorios allegados al informativo, se desprende que prestó su cooperación necesaria para la realización del ilícito, obteniendo todos los provechos de él, en cuantía que asciende a la cantidad de cincuenta y siete mil pesos ($ 57.000.00), y debe, por tanto, ser condenado por su acción delictuosa...".

Demandas de casación.

Son dos los libelos de que tendrá que ocuparse la Corte para decidir del recurso de casación en este proceso. El primero contiene la impugnación del fallo, formulada por el doctor Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, en su calidad de apoderado de *Carlos Rubio de la Hoz;* el segundo, a nombre de *Oscar Herrera Rodríguez,* lo suscribe el doctor Claudio M. Blanco, y demanda el mismo proveído; los motivos y fundamentos de ambas acusaciones, procede la Corte a reseñarlos:

Primera demanda:

En su orden, el doctor Gutiérrez Anzola aduce las causales 2ª, 4ª y 1ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, después de hacer un recuento de los hechos controvertidos y de la actuación procesal, ciñéndose en su escrito a las exigencias materiales y técnicas del recurso propuesto.

Causal segunda. Previa cita del texto del numeral 2º del artículo 567, afirma como cargo el haberse "dictado sentencia condenatoria contra el señor Carlos Rubio de la Hoz, sin que obren en el proceso la prueba plena de la infracción (estafa), ni la plena prueba de la responsabilidad penal, por habérsele dado a los hechos un

valor probatorio que no tienen; o sea, que se les ha tomado como plena prueba sin tener ese carácter", lo que autoriza la conclusión al impugnador de que "si no existe prueba plena dentro del proceso, es evidente que la sentencia debe ser revocada".

En orden a la demostración de su aserto, razona:

a) En el supuesto de la comisión de un delito por parte de los empleados del Banco, los autos no ameritan que Rubio de la Hoz haya sido copartícipe de la infracción. Los actos que el sentenciador atribuye a este procesado consisten en haber girado cheques, sin provisión de fondos, que, dentro del sistema adoptado, según la investigación, por los funcionarios de la entidad, afectaban depósitos de terceros; no haber cancelado esa irregular forma de "sobregiro", y haber gratificado a Páez Polo y Herrera Rodríguez.

En opinión del demandante, las gratificaciones no están probadas y sería penalmente indiferente que lo estuvieran, como carece de significado que en la cuenta de Rubio de la Hoz no aparecieran saldos rojos por concepto de sobregiro. "La situación de Carlos Rubio de la Hoz —dice el señor apoderado— no es distinta de la de los señores Jesús Alberto Ibáñez Nieto y Luis A. Sánchez Pérez, a quienes se absolvió en la sentencia recurrida".

La argumentación central en este punto está expuesta en estos términos:

"Del hecho de haber pagado o dado gratificaciones no existe en el proceso prueba distinta de la afirmación de Herrera Rodríguez, hecha en su indagatoria (fls. 33 v. y 34 del Cdo. principal). Rubio de la Hoz ha negado ese hecho. Lo cierto es que en el proceso no se practicó diligencia alguna tendiente a demostrar lo afirmado por Herrera, y así la única prueba que existe es esta afirmación, sin juramento siquiera de su cargo. Y aun en el caso de que Herrera hubiese jurado, no pasaría de ser un testimonio, insuficiente para constituír plena prueba de la responsabilidad. José Demetrio Páez Polo no ha formulado cargo alguno contra el señor Rubio de la Hoz. Pero ni siquiera se practicó aunque fuese una diligencia de careo entre Herrera y Rubio de la Hoz. Así, Rubio aparece condenado por el dicho de Herrera, hecho en indagatoria y sin juramento. A tal hecho, o sea, la afirmación de Herrera se le ha dado, pues, un valor probatorio que no tiene, según la ley. Esta no le atribuye a tal hecho (que no es ni siquiera indicio) valor de plena prueba.

"Pero si admitiéramos que sí está probado plenamente que Rubio le dio gratificaciones a Herrera (que no lo está), ese hecho tampoco probaría la coparticipación, porque el dar una gratificación no incluye necesariamente el que haya connivencia. Efectivamente, habría podido Herrera, por su propia iniciativa, dar el sobregiro y cobrar por ese servicio, aunque Rubio desconociera las circunstancias en que desde dentro del Banco se operaba, que es el argumento que da el fallador de segunda instancia para absolver a Ibáñez Nieto y Sánchez Pérez.

"Pero tampoco es válido el razonamiento del Tribunal en cuanto a que los saldos en rojo no tenían por qué aparecer en los extractos de cuenta corriente porque los cheques se cambiaban por canje. Este argumento denota un desconocimiento pleno de la forma como se cargaba en cuenta una suma de dinero; la circunstancia de que un cheque llegue por ventanilla o por canje no modifica la modalidad del sobregiro, si se paga y no hay fondos para ello. Más bien podría tomarse como hecho favorable a Rubio de la Hoz el que al consignarlos en cuentas de otros bancos dejaba que esos cheques pudieran ser verificados como prueba del sobregiro. La retención que de esos cheques hayan hecho los empleados del Banco y la manera como operaron con ellos no tiene nada que ver con la situación de Rubio de la Hoz, quien ha explicado la manera como obró, y que no es distinta de la de las personas que fueron absueltas...".

b) Apoyado el impugnador en las consideraciones contenidas en el auto de detención preventiva, que "excluyó expresamente al señor Carlos Rubio de la Hoz de toda imputación", y en la sentencia del *a quo*, que "en forma acorde con la realidad procesal, declaró la inexistencia de prueba alguna de responsabilidad penal", aduce, para reforzar el cargo de violación indirecta de la ley, este otro razonamiento:

"... en el proceso contra Rubio de la Hoz se declara probada la participación por la vía dolosa, porque un empleado del Banco (Herrera) hace una afirmación que no fue probada en cuanto a hecho o como hecho indiciario. Pero no hay prueba distinta que permita, de una parte, demostrar la coparticipación en el hecho, y de otra que ese hecho es constitutivo del delito de estafa al cual, como es obvio, debe acceder la participación. Carlos Rubio de la Hoz estaba en imposibilidad de cometer delito de estafa, aun en el caso de que se hubiera puesto en connivencia con los empleados en cuanto al mecanismo del sobregiro. Era el propio Jefe de Cuen-

tas Corrientes el que le autorizaba el pago de los cheques. Estaba en poder de ese empleado hacerlo, y así no estaba Rubio de la Hoz creando un artificio o engaño para hacerse entregar dineros. Otra cosa es la valoración de la conducta de los empleados desde el punto de vista de su responsabilidad para con el Banco; pero esa responsabilidad no se transmite a quienes hicieron uso de las autorizaciones dadas por quienes representan al Banco. Y es que las personas jurídicas no se las puede estafar sino a través de las personas naturales que las representan. Para que Carlos Rubio de la Hoz pudiera ser cómplice o copartícipe de un delito habría que partir de la base de que se engañó al Banco porque se engañó a las personas naturales que lo representaban. Lo cierto es que los empleados autorizaron el sobregiro, y así se hicieron responsables ante el Banco, no fueron engañados respecto de lo que hacían. Es por esto que no se puede tomar como prueba del delito para imputarlo a Rubio de la Hoz la conducta de los empleados, la cual carece de respaldo probatorio en cuanto que hayan sido engañados por artificio o maniobra. Por este aspecto, también se dio a los hechos un valor probatorio que no tienen en cuanto a los elementos constitutivos del delito imputado''.

Causal primera. Si bien es cierto que el doctor Gutiérrez Anzola, dentro del orden adoptado en su demanda, se refiere a continuación a la causal *cuarta,* su invocación es *subsidiaria,* y para el ''caso de no prosperar la segunda''. Este planteamiento determina a la Corte a ocuparse de la causal primera, pues el *error de derecho,* aunque alegado con autonomía, en parte, de la indebida apreciación de los hechos, está necesariamente vinculado al primer cargo contra la sentencia.

Sostiene el señor apoderado que el delito a que los autos se contraen podría constituír una especie de falsedad documentaria, cuya estructuración debe buscarse en los artículos 240, 241 y 242 del Código Penal, y que siendo esa la real concepción jurídica que el proceso autoriza, hubo indebida aplicación del artículo 408 del mismo Código. ''Naturalmente, arguye el demandante, el hecho de haber extendido una imputación que no correspondía al señor Rubio de la Hoz, implica respecto de éste la causal primera de casación. Esa extensión era imposible porque no hay estafa. Pero tampoco podría extenderse como falsedad porque no existe vinculación alguna entre el hecho de haber recibido el beneficio de los préstamos y el hecho de haberse cambiado la realidad contable en el Banco, porque este hecho sólo es atribuíble a los empleados de la institución''.

Termina lo referente a este cargo razonando así:

''La causal primera alegada desembocaría, de prosperar, en la revocatoria de la sentencia. Pero es de tener en cuenta que ella demuestra la irregular manera de haberse adelantado el proceso, ya que de haber falsedad el procedimiento a seguir debió ser el ordinario y no el especial del Decreto 0014 de 1955. Ocurre que la absurda disposición que ordena tramitar los procesos por delitos conforme a ese procedimiento viene a crear estas irregulares consecuencias, que no se presentan en el proceso ordinario, organizado conforme a un sistema, bueno o malo, pero orgánico. Técnicamente debería, para los casos como éste, desembocar la causal primera, en la nulidad de lo actuado. Pero conforme al mandato del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, sólo se permite revocar la sentencia, y en su lugar decretar la absolución...''.

Causal cuarta. Invocada, como ya lo expresó la Sala, en forma subsidiaria, está enderezada a impugnar la sentencia por violación del derecho de defensa del acusado, es decir, porque el juicio soporta una nulidad constitucional, consistente en que ''sin haberse formulado cargo alguno se condenó a Rubio de la Hoz'' y, además, ''porque no se practicó ninguna de las pruebas solicitadas por el defensor''.

Como es claro, el primer motivo de nulidad dimana del hecho de no haber sido comprendido el acusado Rubio de la Hoz en el auto de detención, en el cual, entiende el demandante, debe hacerse, por lo menos, la imputación genérica del cargo, para que el procesado esté a derecho en el proceso y pueda, a ciencia cierta, explicar su conducta.

El segundo, proviene de la omisión del funcionario en cuanto a decretar y practicar las pruebas solicitadas por el apoderado de Rubio de la Hoz, no obstante que ''ellas estaban destinadas a probar puntos esenciales en orden a determinar el fenómeno de la responsabilidad del señor Rubio de la Hoz''.

Segunda demanda:

Esta, formulada por el doctor Claudio M. Blanco J., en representación del acusado Herrera Rodríguez, no ceñida a las exigencias del artículo 531 del Código Judicial, ataca el fallo del Tribunal, por lo que a su poderdante se refiere, con base en las causales *segunda* y *tercera* del

artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, de modo expreso, y al parecer con fundamento en la causal *primera,* pues en la última parte de su libelo destina un capítulo a demostrar que "la sentencia es violatoria de la ley penal".

No obstante ser partidario el Ministerio Público de que el recurso se declare desierto con relación a Herrera Rodríguez, dados los defectos formales y materiales de la demanda, la Corte examinará la acusación.

Causal segunda. El señor apoderado sustenta el cargo afirmando que es contradictoria la sentencia del Tribunal al condenar a Rubio de la Hoz como cómplice necesario del delito de estafa, y al mismo tiempo absolver a Ibáñez y Sánchez, también favorecidos con los sobregiros, que significaban una operación bancaria no dolosa, y cuando más "irreglamentaria o a espaldas de los Estatutos del Banco". De esta contradicción jurídica atribuída al fallo, el demandante quiere alcanzar la deducción de que no hubo ilícito penal en los actos llevados a término por su representado.

Causal tercera. Se parte de la base de que en los procesos regidos por los trámites del Decreto 0014 de 1955, el auto de detención equivale a la vocación a juicio, para concluír que si la sentencia de primer grado condenó a Herrera Rodríguez por el delito de hurto, el Tribunal estaba en la obligación de anular lo actuado.

Según lo indicado antes, el señor apoderado de Herrera Rodríguez se refiere en la demanda a la violación de la ley penal por el sentenciador, para afirmar, sin invocación de la causal primera, que "se interpretó y se aplicó mal, erradamente, el alcance de los artículos 408, 410 y 37 y 38 del Código Penal", cargo éste que no demuestra y que se reduce a una alegación sobre la inexistencia del delito de estafa o de toda otra conducta criminosa.

Concepto del Ministerio Público.

En su extensa respuesta a las dos demandas de casación, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal se manifiesta adverso a las pretensiones de los recurrentes, y solicita de la Corte *deseche* el recurso en cuanto al acusado Rubio de la Hoz, y lo declare *desierto,* por lo que toca a Herrera Rodríguez.

Su estudio a fondo de la acusación realmente lo circunscribe el distinguido colaborador a la demanda presentada por el doctor Gutiérrez Anzola, tratando de demostrar que el fallo recurrido se ajusta a las normas legales, y que no hay lugar a que prosperen las causales de casación alegadas.

La demanda referente al procesado Herrera Rodríguez no reúne, en opinión del Ministerio Público, los requisitos impuestos por el artículo 531 del Código Judicial, y en razón de sus defectos se abstiene de examinar los cargos propuestos, limitándose a pedir de la Sala se declare desierto el recurso.

Como para la Corte aparece claro que prospera la *causal segunda* propuesta por el representante del acusado Rubio de la Hoz, y ninguna de las formuladas por el señor apoderado de Herrera Rodríguez, sólo hará referencia en este proveído a la réplica del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal en lo atinente a dicha causal.

En lo principal expresa la Procuraduría:

"... ante todo se advierte que las gratificaciones y el ocultamiento de los sobregiros en cuestión, son cosas, aceptada la primera por los acusados Páez Polo y Herrera Rodríguez al rendir indagatoria, y probada la segunda desde el momento en que no figuraron los sobregiros cargados a la cuenta de Rubio, y porque este mismo reconoce, en 'declaración de inquirir', haberse sobregirado por la suma de cincuenta y siete mil pesos ($ 57.000.00) (fl. 82), por virtud de autorización que le diera el Jefe de Cuentas Corrientes, sin que dicho Jefe le hubiera advertido, al autorizarlo sin limitación alguna, que estaba obligado a pagarle al Banco los correspondientes intereses (fl. 83 vto.).

"De lo contraargüído por la Procuraduría, indefectiblemente se infiere que el acusado Rubio de la Hoz *sí* estaba en condiciones de actuar como copartícipe en la comisión del delito de estafa de que tratan los autos, porque el Jefe de Cuentas Corrientes, José Demetrio Páez Polo no podía autorizar a dicho acusado, como cliente que era del Banco Cafetero y a espaldas de las directivas de esta institución, para girar, como en efecto giró, cheques sin previa provisión de fondos por la cantidad de dinero ya conocida.

"Vistas las cosas desde otro aspecto, debe considerarse como afirmación simplemente gratuita aquella que consiste en sostener que aun en el caso de que fuera cierto que Rubio de la Hoz gratificó a los empleados del Banco, y que los sobregiros que hizo no fueron anotados en los extractos de la cuenta del mismo Rubio de la Hoz, uno y otro de tales hechos no constituyen plena prueba de la responsabilidad penal del sobregirado. Y es gratuito sostener tal cosa, porque al fin de cuentas la realidad es que el repre-

sentado por el doctor Gutiérrez Anzola aceptó la oferta que el Jefe de Cuentas Corrientes le hizo en el sentido de permitirle que se sobregirara; porque, además, recompensó por razón del indicado servicio a los empleados que urdieron el ardid que finalmente descubrió el señor Revisor Clemente Vallés, y porque siendo así que Rubio de la Hoz se llama a sí mismo hombre de negocios que maneja cuentas corrientes en uno y otro banco —cuestión ésta que da base para presumir que es conocedor del trámite propio de operaciones bancarias como las consistentes en conseguir el descuento de letras y en obtener sobregiros—, resulta necesariamente comprometedor o diciente en su contra que se sobregirara por la suma de cincuenta y siete mil pesos, a sabiendas de que no eran las directivas del Banco las que tal cosa le permitían, y que ninguna diligencia hiciera para cubrir honestamente el considerable saldo que existía a su cargo.

"Por lo demás, el ardid o astuto despliegue de medios engañosos imputables a los acusados Páez Polo y Oscar Herrera Rodríguez, ardid tendiente a hacer aparecer ante determinado empleado del Banco, el señor Revisor, una situación falsa como verdadera y determinante, para nada hubiera servido y seguramente no habría sido imaginado como tampoco urdido si Rubio de la Hoz no prestara *ab initio* su colaboración eficacísima y no hubiera contribuído, a título de cómplice necesario, a la consumación de la defraudación consiguiente, girando cheques sin respaldo monetario suficiente.

"De modo y suerte tales que solamente una dolosa y punible connivencia o confabulación entre Rubio de la Hoz, Páez Polo y Herrera Rodríguez explica la realidad de la estafa de que fue objeto el Banco Cafetero como consecuencia del artificio empleado por los referidos tres acusados, y con el cual lograron engañar al Revisor Clemente Vallés Alfonso, burlando así la labor fiscalizadora ejercida por este último. De esa connivencia que se materializó en una serie de hechos ejecutados con evidente cautela por uno y otro confabulador, no es posible decir que fue gratuita, pues no hay elemento de juicio alguno que dé pie para siquiera sospechar que Páez Polo y Herrera Rodríguez obraron con tan grave riesgo para los dos y en beneficio de Rubio de la Hoz, sin abrigar la seguridad de que serían gratificados ampliamente todas las veces que la defraudación tramada por los tres delincuentes tuviera éxito final, como en efecto lo tuvo en varias oportunidades.

"... Así las cosas, se concluye que la condenación del poderdante del doctor Gutiérrez Anzola es lógica consecuencia de lo que acreditan los autos, ya sea por la vía de la prueba directa o ya por el camino de la prueba indiciaria.

"Obró, pues, el sentenciador conforme a la ley penal al darle a los hechos el valor que les asignó, y el cual no es otro que el de ser demostrativos de la comisión de una estafa al Banco Cafetero de Barranquilla, en la que tomó parte principalísima el acusado Rubio de la Hoz...".

Alegato de la parte civil.

También fue oído, como parte no recurrente, el señor apoderado de la *parte civil,* quien, previo examen del proceso, de las demandas de casación y de la vista de la Procuraduría Delegada, cuyos principales argumentos acoge, solicita en su ponderada alegación a la Corte que no case la sentencia, por ninguna de las causales que han sido invocadas por los recurrentes.

Consideraciones de la Sala.

1ª Es de toda evidencia —así lo demuestran los autos— que el Banco Cafetero (Sucursal de Barranquilla) fue víctima de un fraude, hecho cuya comisión hay que atribuír a los empleados de esa entidad, señores Páez Polo y Herrera Rodríguez, a cuyo cargo estaban las cuentas corrientes que resultaron afectadas con sus maniobras.

2ª Haberse impulsado la investigación dentro de los estrechos moldes del Decreto 0014, sin reparar el instructor en la complejidad jurídica del caso, propició que a los hechos se les asignara la condición de un delito contra la propiedad, y que obligadamente se descartaran otras hipótesis penales que, dentro de un procedimiento ordinario de instrucción y de juzgamiento, habrían podido aclararse, así como la verdadera y concreta participación de las distintas personas implicadas en los hechos.

3ª Tal anomalía llevó la actuación procesal a definir la infracción, con los elementos de juicio disponibles, como estafa, calificación adoptada por el sentenciador de segundo grado, y acerca de cuya exactitud no podría la Corte pronunciarse dados los motivos de casación que le han sido propuestos.

4ª De acuerdo con la aludida calificación del delito, aparece obvio que la autoría radica en los acusados Páez Polo y Herrera Rodríguez, quienes, *motu proprio,* optaron, sin facultad alguna, por autorizar a terceras personas —clientes del Banco— para girar cheques sin previa provisión de fondos, operación que ocultaban a los reviso-

res con la maniobra de descargar los giros de otras cuentas. Pero ocurrre que en este proceder fraudulento de los dos empleados los autos no establecen que los giradores beneficiados hubieran participado criminalmente o cooperado en dicha empresa, como para encuadrar su conducta en un grado de complicidad, frente a las definiciones de los artículos 19 y 20 del Código Penal.

5ª Por lo que al recurrente Rubio de la Hoz se refiere, no podrían ser indicios suficientes de responsabilidad los hechos que la sentencia señala, pues el otorgamiento del irregular crédito bancario fue concedido a varias personas, lo que hace lógicamente presumible que de todas ellas podían obtener gratificaciones los empleados comprometidos en el fraude; y no haber Rubio de la Hoz —a diferencia de algunos de los deudores— satisfecho los préstamos al Banco, en modo alguno permite inferir la complicidad deducida por el fallador.

Es materia elemental en la participación o complicidad —cualquiera sea su grado— demostrar que se ha tomado parte en el hecho delictuoso, que voluntariamente se ha cooperado en su comisión, necesaria o accesoriamente, que ha existido un vínculo moral con los autores, que se les ha instigado, inducido o propuesto el delito, o que de ellos se ha aceptado la proposición criminal para llevar a término actos comprensivos del *iter criminis*, sean anteriores, coexistentes y posteriores al reato.

6ª La situación jurídica de Rubio de la Hoz, frente al proceso, no es diferente de las demás personas favorecidas con sentencia absolutoria y que obtuvieron esta decisión simplemente por cubrir al Banco el dinero que irregularmente recibieron. Si la complicidad existía no hay razón para radicarla sólo en Rubio de la Hoz, ni el simple hecho del pago haría buena una conducta, inicialmente ilícita.

Se está, pues, dados los presupuestos procesales, ante el motivo de casación previsto en la causal 2ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, porque el sentenciador atribuyó a determinados hechos un valor probatorio que no tienen, inválidos para una condenación, de acuerdo con las exigencias del artículo 203, ibídem. Al no estar legalmente demostrada la participación de Rubio de la Hoz en la infracción cometida por Páez Polo y Herrera Rodríguez, el recurso prospera y compete a la Corte proceder en la forma indicada en la regla a) del artículo 570 del Código de la referencia.

7ª La impugnación al fallo contenida en la demanda del doctor Claudio M. Blanco no puede prosperar. Además de las fallas técnicas que en su confección observa la Procuraduría Delegada, vale agregar:

a) La causal segunda no la ha demostrado el acusador, como que en un simple alegato lo que pretende establecer es la contradicción del fallo en cuanto condena a Rubio de la Hoz y absuelve a Jesús Alberto Ibáñez y otros, también favorecidos con los préstamos bancarios, sin ocuparse a fondo del alcance y contenido del cargo penal imputado a Herrera Rodríguez;

b) La causal tercera no es cuestión que pueda aducirse en procesos tramitados conforme al Decreto 0014, ya que ninguna equivalencia hay entre el auto de detención y el auto de llamamiento a juicio. No existiendo en dicho procedimiento calificación de fondo del sumario, lógicamente las instancias están facultadas para dar denominación jurídica al delito en la sentencia;

c) El capítulo de la demanda que alude a que hubo en la sentencia violación de la ley penal, no está referido a la causal primera y, en síntesis, repite los mismos motivos de inconformidad planteados a través de la segunda, y

d) No se propuso por el demandante motivo de nulidad en el escrito de que se trata.

8ª No prospera, por tanto, el recurso de casación respecto del acusado Herrera Rodríguez.

DECISION:

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1º *Invalidar* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, a que se ha hecho mérito, en cuanto condena a *Carlos Rubio de la Hoz*, como responsable del delito de estafa, para en su lugar *absolverlo* del referido cargo;

2º *Desechar* el recurso extraordinario de casación interpuesto contra el mismo fallo y por lo que respecta al acusado *Oscar Gregorio Herrera Rodríguez*, y

3º Devolver el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase. Publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rincón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

OTRAS SENTENCIAS NO PUBLICADAS

Esta Sala profirió también durante los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1962, las sentencias que se relacionan a continuación y que no se publican por falta de espacio:

Delitos de asesinato y robo tentado. Causal segunda de casación. Hechos indiciarios de la responsabilidad. Valor de la prueba testimonial. Con fecha 7 de septiembre de 1962, la Corte no casa la sentencia recurrida proferida por el Tribunal Superior de Manizales que condenó a Carlos Enrique Rivera Ospina por los delitos de asesinato y robo. Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo.

Derecho de defensa del procesado. Nulidad supralegal por violación de la garantía consagrada en el artículo 26 de la Constitución. Con fecha 18 de septiembre de 1962, la Corte invalida el fallo acusado, proferido por el Tribunal Superior de Ibagué, por medio del cual condenó a Cayetano Bernate Villalba, como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo.

Causal segunda de casación propuesta en negocios tramitados de acuerdo con el Decreto número 0012 de 1959. El demandante debe demostrar que los hechos fueron errónea o indebidamente interpretados. Reparos parciales al caudal probatorio. Técnica del recurso de casación. Con fecha 28 de septiembre de 1962, la Corte desecha el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, que condenó a Víctor Manuel Celemín Gómez o Téllez y Luis Celemín Vargas, como coautores y responsables de homicidio y de tentativa de homicidio. Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria.

Homicidio simplemente voluntario. Criterio respecto de la riña. Para poder ser considerada la riña como circunstancia modificadora se necesita que se haya suscitado de modo imprevistó. Diferencia entre la riña que se traba con la voluntad de ambas partes y la "imprevista". Causales 3ª y 1ª de casación penal. Cuando el veredicto reconoce el factor riña sin la modalidad de la imprevisión, esa declaración sólo puede tenerse como circunstancia de menor peligrosidad. Con fecha 30 de octubre de 1962, la Corte no invalida el fallo acusado del Tribunal Superior de San Gil, por medio del cual condenó al procesado Pedro Antonio Guerrero Osma, como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A.

Colisión de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la castrense. Competencia de la justicia ordinaria por aplicación de la excepción de inexequibilidad prevista en el artículo 215 de la Carta. Con fecha 8 de noviembre de 1962, la Corte dirime la colisión de competencia planteada entre el Juzgado Primero del Circuito de Pamplona y el Comando del Batallón de Infantería No. 13 "García Rovira", en el sentido de que el conocimiento del proceso penal seguido contra Paulo Emilio Parada Suárez, por el delito culposo de lesiones personales de que se le sindica, corresponde a la justicia ordinaria. Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez.

Estados de especial peligrosidad. Su competencia está reservada a las autoridades policivas, de conformidad con el artículo 49 del Decreto 0014 de 1955. Con fecha 8 de noviembre de 1962, la Corte invalida la sentencia del Tribunal Superior Militar, que condenó al soldado Mario Valencia, por violación de normas a que se contrae el Decreto 0014 de 1955. Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria.

Técnica del recurso de casación. Causales segunda y primera. Con fecha 9 de noviembre de

1962, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Ibagué, que condenó a Julián Moreno, como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres.

Homicidio voluntario. Defectuosa formulación de la demanda. Impropia y antitécnica alegación de las causales segunda y cuarta de casación penal. Con fecha 9 de noviembre de 1962, la Corte desecha el recurso de casación propuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, por la cual se condenó a Filemón Perilla Bonilla, como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo.

Carencia de técnica jurídica en la formulación de la demanda. Con fecha 19 de noviembre de 1962 se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, que condenó a Jesús Antonio Salcedo, como responsable del delito de homicidio, calificado de asesinato. Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria.

Colisión de competencia entre la justicia penal militar y la ordinaria. El Decreto-ley 1705 de 1960 desincorporó a la Policía Nacional de las Fuerzas Militares y, por consiguiente, desvinculó del fuero penal castrense, en relación "con el servicio" a los miembros de esa institución. Con fecha 23 de noviembre de 1962 la Corte dirime la colisión de competencia suscitada entre el Juzgado 6º Penal de Bogotá, D. E., y el Juez de primera instancia, Comando de la Policía —División Bogotá—, en el sentido de declarar que corresponde conocer del proceso contra el ex Agente de la Policía Nacional Guillermo Sánchez Sánchez a la justicia ordinaria. Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo.

Nulidad supralegal por no cumplir el apoderado defensor con el deber de ejercitar la defensa de su patrocinado. Defensa en el juicio penal en negocios tramitados de conformidad con el Decreto 0012 de 1959. Con fecha 30 de noviembre de 1962 se invalida parcialmente el fallo recurrido del Tribunal Superior de Ibagué, que condenó a Mario Vera Sánchez y a Serafín Vega Ducuara por los delitos de homicidio (asesinato) y lesiones personales. Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta.

Defectuosa formulación del recurso. Causales primera y segunda de casación penal. Apreciación de la circunstancia de indefensión o inferioridad de la víctima en elemento constitutivo del homicidio agravado. No es admisible involucrar un motivo de casación con otro. La causal 1ª de casación es por sí sola ineficaz para que la Corte estudie a fondo los cargos formulados contra la sentencia acusada. Con fecha 30 de noviembre de 1962 se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, que condenó a Justino Murcia Yate como responsable del delito de homicidio agravado. Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo.

SALA DE CASACION LABORAL

Extractos de jurisprudencia de esta Sala a cargo del Relator de entonces, doctor Luis Ignacio Segura.

PRIMAS DE SERVICIO. — INDEMNIZACION MORATORIA. — VACACIONES. — CONFESION FICTA. — PRUEBA DEL CAPITAL DE LA EMPRESA

1. Basta la simple lectura del segundo cargo para apreciar su deficiente formulación que conduce necesariamente a su ineficacia. En efecto, en él se acusa una norma de régimen probatorio, atinente a la confesión presunta respecto de ciertos hechos preguntados y admisibles en su demostración por este medio, que no es disposición de derecho material, pues, en ella, no se reconocen ni consagran derechos, prestaciones o indemnizaciones para los trabajadores, que puedan reclamarse ante la jurisdicción del trabajo. Entonces dicha disposición, por sí sola, resulta ineficaz para fundamentar una acusación que pueda ser viable para invalidar la sentencia del Tribunal.

2. Según el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, toda empresa de carácter permanente cuyo capital sea de $ 200.000.00 o superior está obligada a pagar a cada uno de sus trabajadores, excepto a los ocasionales o transitorios, un mes de salario como prestación especial, por concepto de prima de servicios, en la forma que se expresa en su literal a); y, únicamente cuando se demuestra que el capital es menor de esa suma, el valor de esta prestación equivale a 15 días de salario, según el literal b). Ahora bien, de acuerdo con el artículo 195, ibídem, se entiende por capital de la empresa el valor del patrimonio gravable declarado en el año inmediatamente anterior, según prueba que debe presentar el patrono, pues, en caso de no presentarla, se presume que tiene el capital necesario para pagar la totalidad de la prestación demandada.

Significa lo anterior que el capital de una empresa, para efecto de las prestaciones y derechos que establece el Código Sustantivo del Trabajo, sólo puede darse por establecido con el medio probatorio autorizado por la ley, esto es, comprobado el valor del patrimonio gravable declarado en el año inmediatamente anterior, mediante la certificación de la respectiva Administración de Hacienda Nacional.

En el caso de autos, la parte demandada no adujo, en su oportunidad legal, la prueba que le correspondía aportar al juicio para demostrar el capital de la empresa denominada "Café Real", por lo que se presume que tiene el necesario para pagar la totalidad de la prestación demandada. Así las cosas, como el Tribunal no tuvo en cuenta la prueba que surge de la presunción legal y dio por establecido que el capital de la empresa demandada es inferior a la suma de doscientos mil pesos, valiéndose para ello de un medio no autorizado por la ley, pues basó su juicio en simples inferencias y razones

extrañas al punto debatido, resulta demostrado que infringió lo dispuesto por el artículo 195 del Código Sustantivo del Trabajo y, como consecuencia, el literal a) del artículo 306 de la misma obra. Por tanto, el cargo prospera y deberá casarse la sentencia, en lo relativo a la condena por prima de servicios, y dictarse el correspondiente fallo que modifique, en este punto, el de instancia.

3. De acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Sala de la Corte y del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, cuando el patrono se abstiene de cumplir las obligaciones que le impone el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, el juzgador toma en cuenta la buena fe patronal para eximirlo o no de la sanción prevista en esta norma, si alega dentro del juicio la inexistencia de la relación laboral y siempre que aporte pruebas que así lo demuestren. Es decir, no basta la simple negativa de la existencia del vínculo, sino que ésta debe fundamentarse con razones valederas y aducirse al proceso pruebas atendibles que justifiquen su conducta.

No es este el caso de autos, pues la respuesta al libelo inicial no niega la existencia del contrato; la de uno de los demandados agrega alguna razones tendientes a explicar la forma como se desarrolló o ejecutó la relación de trabajo entre las partes y, de ellas, trata de configurar la existencia de unos hechos exceptivos para su defensa, como puede apreciarse de los apartes que de esa pieza procesal se dejaron transcritos, en la relación de los hechos de este negocio. No existe en el expediente prueba alguna que sirva de base a lo afirmado por el Tribunal para dar como cierto el hecho de que los demandados controvirtieron la existencia del contrato de trabajo que los ligó con el demandante. La respuesta al libelo inicial, y las pruebas obrantes en el expediente, como son la confesión provocada del demandado Tulio Montaña y la testimonial aducida por el demandante, demuestran todo lo contrario a lo admitido por el Tribunal. Del proceso se evidencia, con toda certeza, que en ningún momento pudo existir siquiera duda, por parte de los demandados, sobre la realidad del hecho consistente en estar ligados al demandante por un contrato de trabajo.

Así las cosas, si el contrato de trabajo no fue materia de controversia en el juicio por parte de los demandados, no puede tener aplicación la doctrina jurisprudencial que permite poner en juego el elemento de la buena fe como causal exonerativa de la sanción que contempla el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., diez de septiembre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A.).

Por intermedio de apoderado, Urías Forero promovió juicio ordinario laboral contra Tulio Montaña y Víctor Avila Junco, a fin de que fuesen condenados a pagarle, solidariamente, las cantidades que resulten, por los siguientes conceptos: auxilio de cesantía, vacaciones, prima de servicios, indemnización por incumplimiento del contrato de trabajo, preaviso, sueldos dejados de pagar, indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales, dominicales, feriados y horas extras nocturnas trabajadas.

De la relación de hechos de la demanda, se destacan como fundamentales:

Que Urías Forero fue contratado conjuntamente por Tulio Montaña y Víctor Avila Junco para prestar sus servicios como Administrador en el "Café Real", de la ciudad de Tunja, de propiedad de éstos; que bajo la dependencia directa y continuada de los señores Montaña y Avila Junco, prestó sus servicios desde el día 1º de marzo de 1952 hasta el 11 de julio de 1955, con un sueldo de ciento cincuenta pesos ($ 150) mensuales; que durante todo el tiempo laboró, por lo menos, seis horas diarias de trabajo extranocturno, ya que tenía que atender las actividades del café, en horas diurnas, exceptuándose el tiempo de media hora para almorzar y para comer, y luego, en la noche, hasta las 12 p. m., aproximadamente; que trabajó todos los días, incluyendo los domingos y demás días feriados; que fue retirado del trabajo sin aviso previo y sin causa que justificara el despido, cuando faltaban tres meses y catorce días para cumplirse el plazo presuntivo del contrato de trabajo, y que al ser despedido no le fueron pagadas "ninguna clase de prestaciones sociales, indemnizaciones, salarios o trabajos suplementarios, ni los sueldos comprendidos entre el 2 de octubre de 1952 al 11 de julio de 1953".

En la respuesta que a la demanda dio el personero judicial del demandado Montaña, se opuso a todas y cada una de las declaraciones y condenas pedidas en ella, y negó la mayoría de los hechos, aunque al referirse al primero, esto es, a la existencia del contrato de trabajo entre las partes, manifiesta: "Aparentemente es cierto, sólo que en la práctica el demandante tergiversó el contrato laboral pactado extralimitándose en el ejercicio de las funciones que le

fueron encomendadas''. Más adelante hace una relación de hechos para justificar su posición, y agrega que propone las excepciones perentorias que resulten de los mismos. En lo fundamental, dice en ellos, que el contrato resultante entre los señores Tulio Montaña y Víctor Avila Junco con el demandante, para la administración del ''Café Real'', fue inicialmente un contrato de trabajo, pero sin que el actor, a quien se le había entregado el establecimiento perfectamente equipado, hubiese dado cuenta jamás del movimiento del mismo, a sus dueños. De tal manera que del nombramiento de Administrador que se le hizo, pasó a gestionar el negocio como suyo propio, sin rendir cuentas de ninguna especie a sus propietarios.

Finalmente manifiesta que propone también las excepciones que resulten ''de estos otros hechos provenientes del propio demandante, señor Forero: no restituyó los dineros ni efectos puestos a su cuidado; porque los dineros provenientes del negocio los empleó sin consulta alguna con los dueños del establecimiento, y en su beneficio, en parte; porque no atendió o se prestó a obedecer las órdenes que han debido darle los dueños del negocio; porque Forero desobedeció las instrucciones que le impartió mi poderdante de rendir cuentas detalladas del establecimiento; porque, al no rendir cuentas, no se puede establecer ni el sueldo, ni los períodos de pago, ni utilidades o pérdidas, etc.; porque consecuencialmente no se puede deducir tampoco cesantía; porque tampoco, como lo afirma el demandante, estuvo en forma continua al frente del establecimiento, pues muchas veces concurrió a diligencias judiciales como perito, y finalmente, porque siendo un establecimiento de capital menor de $ 20.000.00, en el caso de llegarse a deducir cesantía, ésta debe ser restringida''.

El otro demandado, Víctor Avila Junco, confirió poder al mismo apoderado, y éste, en el escrito correspondiente, se limitó a proponer las excepciones perentorias, descritas al contestar la demanda a nombre de Tulio Montaña.

El Juzado *a quo* desató la controversia en sentencia de fecha 26 de junio de 1956; en ella condena a los demandados Montaña y Avila Junco a pagar al señor Urías Forero las siguientes cantidades: $ 204.20 por auxilio de cesantía; $ 75.00 por vacaciones; $ 100.00 por prima de servicios, y $ 245.00 por concepto ''de plazo presuntivo''; en cuanto a los demás cargos de la demanda, absolvió a los demandados y no condenó en costas.

Contra la anterior providencia los apoderados de las partes interpusieron el recurso de apelación, que el extinguido Tribunal Seccional del Trabajo de Tunja decidió, en fallo de 11 de octubre de 1956, por el cual confirmó, en todas sus partes, la sentencia apelada.

La parte demandante interpuso el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal, sobre el cual, tramitado en forma legal, va a decidirse, previo estudio de la demanda y del escrito de oposición.

El recurso.

Alcance de la impugnación.

Persigue, el recurrente, obtener que esta Superioridad case parcialmente el fallo impugnado, y en su lugar declare que los demandados deben ser condenados al pago de horas extras, dominicales, feriados, reajuste de prima de servicios de acuerdo con la proporción legal para capitales superiores a doscientos mil pesos, y al pago de la indemnización moratoria, de conformidad con lo prescrito por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Los cargos.

El recurrente no señala la causal en que sustenta el recurso, pero, del contexto de la formulación de los cargos, la Sala infiere que lo hace con base en la causal 1ª del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral.

En el capítulo del alegato sustentatorio del recurso, que lleva por título ''Causales de casación'', el recurrente acusa la sentencia en cuatro cargos que se estudian, en su orden:

Los presenta así:

Primer cargo:

a) Acusa la sentencia de ser violatoria de los artículos 186, 306, 65, 172 y 177 del Código Sustantivo del Trabajo, por error de hecho al dejar de apreciarse una prueba, ya que el sentenciador dio por no probados los hechos de la demanda, en relación con vacaciones, prima de servicios, salarios caídos, salarios insolutos, dominicales y días feriados, siendo así que tales hechos se presumían ciertos y ''quedaban demostrados por medio de la declaratoria de confeso que se hizo en torno al señor Víctor Avila Junco''. Afirma, después de transcribir el artículo 618 del Código Judicial, que al no tenerse en cuenta esa confesión, la sentencia es violatoria del artículo transcrito, con lo cual se llegó también a la violación de las normas del Código Sustantivo del Trabajo, ya citadas. Agrega que por

haberse infringido las anteriores disposiciones, se absolvió a los demandados de la gran mayoría de los cargos formulados. Finaliza el cargo diciendo que el error aparece manifiesto, por cuanto el Tribunal descartó la declaratoria de confeso, en donde se encuentran reconocidas las prestaciones sociales, los salarios y las indemnizaciones consagradas en las disposiciones que se consideran violadas.

Segundo cargo:

b) Está formulado de la manera siguiente:

"Ser la sentencia violatoria del artículo 618 del Código Judicial, por infracción directa, cuandoquiera que el Tribunal despreció la prueba contenida en la diligencia de declaratoria de confeso, hecha por Víctor Avila Junco, ya que de conformidad con el mismo artículo los hechos objeto de las posiciones deben tenerse como ciertos".

Tercer cargo:

c) Manifiesta que el fallo recurrido es violatorio del artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, por haber incurrido el Tribunal en error de derecho, al dejar por establecido el capital de la empresa, con indicios o razonamientos, esto es, con un medio probatorio no autorizado por la ley para tal efecto, contrariando así el contenido del artículo 195 del Código Sustantivo del Trabajo.

Después de hacer una transcripción parcial del artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, agrega que: "el artículo 195 del Código Sustantivo del Trabajo establece cuál es la prueba aceptada por el legislador para dar por establecido el capital de una empresa. Se entiende por capital de una empresa el valor del patrimonio gravable declarado en el año inmediatamente anterior, según prueba que debe presentar el patrono, establece el precitado artículo; vale decir que el único medio aceptable para demostrar el capital patronal es la del patrimonio gravable líquido, lo cual no se puede hacer sino con la certificación de la Administración de Hacienda Nacional, o la copia auténtica de la correspondiente declaración de Renta y Patrimonio".

Cita luego y transcribe en lo pertinente, algunas doctrinas del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, y finaliza el cargo expresando que el *ad quem* violó los artículos 195 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, a través de los razonamientos hechos para la estimación del capital de la empresa.

Cuarto cargo:

d) Acusa la sentencia de ser violatoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por error de hecho, al dar por establecida la buena fe patronal, cuando las pruebas del expediente no dan base para ello.

En su demostración, dice que: "bien puede aceptarse la duda en torno al representante de los demandados, pero ella no puede llegar a desvirtuar la prueba traída al expediente; de conformidad con la misma contestación de la demanda, los patronos contrataron al señor Urías Forero, bajo la seguridad de estar pactando un contrato laboral. Es así como el mismo representante afirma al contestar un hecho de la demanda sobre la relación laboral lo siguiente: 'Aparentemente es cierto, sólo que en la práctica el demandante tergiversó el contrato laboral pactado...'. Esto quiere decir que para los demandados no hubo duda sobre la naturaleza misma del contrato que pactaron. Además de las declaraciones traídas, como son las de Jorge La Rotta, José del Carmen Páez, Agustín Fonseca, José Antonio Medina, se deduce que no hubo duda ninguna sobre la existencia de la relación laboral".

"No puede advertirse la existencia de duda alguna sobre la naturaleza laboral del contrato; no se explica la razón por qué el Tribunal cuando estudia lo referente al contrato de trabajo no admite duda sobre su existencia, y cuando se trata de la indemnización por salarios caídos sí admite esa duda. Entiendo, honorables Magistrados, que no es aceptable que con la simple manifestación de un representante legal para el juicio se pueda llegar a la conclusión de que las partes que le confirieron poder no tenían conciencia de haber ejecutado determinados actos, cuando por el contrario, ellos tenían la certeza de que sí los habían ejecutado. Es muy lógico que un representante para el pleito niegue los hechos de una demanda, porque en un momento dado así se lo pueden exigir las circunstancias determinantes para defender los intereses que representa, pero por ello no se puede llegar a desvirtuar los demás elementos probatorios que aparezcan en el juicio. Una cosa es la manifestación del apoderado y otras muy distintas las circunstancias que se presenten con la prueba en el negocio. En el presente caso por ninguna parte aparece demostrada la buena fe patronal, y aplicar la doctrina que ha sentado el Tribunal Supremo sobre el particular es un error, porque ella se aplica única y exclusivamente

cuando dentro del expediente se ha dejado establecida la buena fe''.

Primer cargo.

Se considera:

Como se dijo al relacionar los antecedentes de este negocio, el demandante Urías Forero R. dirigió su acción contra los señores Tulio Montaña y Víctor Avila Junco, para que se les condenase solidariamente al pago de las prestaciones e indemnizaciones reclamadas. Dentro del juicio, la declaratoria de confeso se profirió únicamente contra Víctor Avila Junco, respecto a los hechos sobre los cuales le interrogó el demandante en posiciones. Los efectos jurídicos de este acto judicial sólo pueden afectar los intereses de la persona contra quien se produjo. La actitud procesal asumida por el demandado Avila, consistente en no haberse presentado oportunamente a absolver el pliego de posiciones que se le formuló, le acarreó la sanción que conlleva la declaratoria de confeso, que no puede perjudicar al otro demandado Tulio Montaña. La Sala hace la anterior aclaración en vista de que el recurrente, al formular el primer cargo, distinguido con el literal a), pretende deducir de la confesión presumida consecuencias jurídicas contra ambos demandados.

El recurrente, al señalar el alcance de la impugnación, no incluye en el *petitum* cuestión alguna que permita se produzca condena contra los demandados por concepto de vacaciones, en el evento de que al prosperar los cargos haya de casarse la sentencia impugnada. No obstante lo anterior, al desarrollar el primero, afirma que el Tribunal ''dejó como no probados los hechos de la demanda, en relación con vacaciones, prima de servicios...'', e indica como violado el artículo 186 del Código Sustantivo del Trabajo, como consecuencia de error de hecho en que incurrió, al dejar de apreciar como prueba de los mismos, la declaratoria de confeso hecha contra Víctor Avila Junco.

La anterior apreciación del recurrente es equivocada. En efecto, según aparece del hecho segundo de la demanda, Urías Forero prestó sus servicios a los demandados por el término de un año, cuatro meses, diez días, o sea, en el período comprendido entre el 1º de marzo de 1952 y el 11 de julio de 1953. Ahora bien, conforme a la previsión contenida en el artículo 186 del Código Sustantivo del Trabajo, que el recurrente considera violado por el sentenciador, los trabajadores que hubieren prestado sus servicios durante un año tienen derecho a quince días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas. Como al demandante, según afirma, no se le concedieron vacaciones durante el desempeño del cargo, sólo tenía derecho a su compensación en dinero, por las causadas y no disfrutadas, correspondientes a un año completo de servicios, conforme a lo previsto por el ordinal 2º del artículo 189 ibídem. Así las cosas, obsérvase que la sentencia del *a quo,* confirmada por el Tribunal, condena a los demandados a pagar al demandante la suma de $ 75.00 como compensación en dinero de las vacaciones correspondientes a un año de servicios, y al pago de $ 100.00 por concepto de prima de servicios. Por tanto, no resulta cierta la afirmación del recurrente de que el sentenciador no dio por demostrados los hechos de la demanda, respecto a las peticiones de condena por vacaciones y prima de servicios.

En cuanto al error de hecho que se atribuye a la sentencia ''al dejarse de apreciar'' o ''al no tenerse en cuenta'' la declaratoria de confeso contra Víctor Avila Junco, de que antes se ha hablado, el Tribunal expresó lo siguiente:

''Como acontece que el señor apoderado de la parte demandante, doctor Martínez G., llama especialmente la atención del Tribunal en cuanto a que el señor Juez de instancia ha debido tener en cuenta para su fallo la declaratoria de confeso del otro demandado y consocio del establecimiento, señor Avila Junco, el Tribunal considera que tal declaratoria de confeso carece de efectos jurídicos, en virtud de que el mismo día de la declaratoria (16 de junio) fue presentada una excusa legal, concebida en los siguientes términos: 'El suscrito Visitador de Rentas Departamentales del Círculo del Centro, *Hace constar:* Que el señor Víctor Avila Junco, actualmente en el cargo de Recaudador de Rentas de Ventaquemada, estuvo ocupado en diligencias del servicio en esta oficina durante todo el día tres (3) de los corrientes. Para constancia se firma en Tunja a los diez y seis (16) días del mes de junio de mil novecientos cincuenta y cinco (1955). El Visitador de Rentas, (fdo.) *Eduardo Rojas Acosta'.* Hay un sello que dice: 'Departamento de Boyacá - Visitaduría de Rentas - Círculo del Centro'. Asimismo se observa que de acuerdo con la nota de presentación, ésta fue hecha el diez y seis de junio del mismo año a las cuatro (4) de la tarde. Y como a esta excusa legal no se le dio la tramitación de rigor (art. 619 del C. J.), a juicio del Tribunal, carece de efectos jurídicos la aludida declaratoria de confeso''.

De lo transcrito, resulta lo siguiente: el Tribunal no dejó de apreciar la confesión ficta que se decretó contra el demandado Avila Junco,

pues no ignoró el acto procesal emanado del Juez que ordenó tener como ciertos los hechos preguntados y admisibles por este medio, sobre los cuales versó el pliego de posiciones que formuló el demandante. Simplemente, estimó que ella carecía "de efectos jurídicos" por existir en el proceso una prueba documental, consistente en la certificación o constancia que obra al folio 2 del cuaderno número 2, que en su concepto constituía "excusa legal", sobre la no comparecencia de Avila Junco a absolver las posiciones el día señalado para ello. Así las cosas, se observa que el acusador guarda silencio sobre este punto del razonamiento del Tribunal, y se abstiene de atacar la apreciación que el juzgador hace de dicho documento, al enfrentarlo y darle prevalencia sobre la prueba de confesión ficta.

Esta deficiencia u omisión del recurrente en la formulación del cargo, hace ineficaz la acusación que se estudia, pues, permaneciendo intacto uno de los soportes de la decisión, la sentencia no puede invalidarse. El cargo no prospera.

Segundo motivo de impugnación.

El recurrente limita su acusación a la violación del artículo 618 del Código Judicial, por infracción directa, en cuanto el Tribunal "despreció la prueba contenida en la diligencia de declaratoria de confeso" hecha contra el demandado Víctor Avila Junco, pues "los hechos objeto de las posiciones deben tenerse como ciertos", conforme a la norma que estima violada.

Se considera:

Basta la simple lectura del cargo para apreciar su deficiente formulación que conduce necesariamente a su ineficacia. En efecto, en él se acusa una norma de régimen probatorio, atinente a la confesión presunta respecto de ciertos hechos preguntados y admisibles en su demostración por este medio, que no es disposición de derecho material, pues, en ella, no se reconocen ni consagran derechos, prestaciones o indemnizaciones para los trabajadores, que puedan reclamarse ante la jurisdicción del trabajo. Entonces, dicha disposición, por sí sola, resulta ineficaz para fundamentar una acusación que pueda ser viable para invalidar la sentencia del Tribunal. Además, se advierte que estando formulando el cargo por violación directa de la ley, su demostración se apoya en cuestiones de hecho, relacionadas con el derecho probatorio, las que, en este caso, no son susceptibles de examen, pues la Corte limita su actividad al estudio de la cuestión jurídica y no al de hechos que considera probados, los que, por tanto, ya no se discuten.

El cargo no prospera.

Tercer motivo de impugnación.

El recurrente acusa violación del artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, que establece, como prestación especial, en favor de los trabajadores que no sean ocasionales o transitorios, una prima de servicios, a cargo de toda empresa de carácter permanente. Se afirma que a esta violación llegó el sentenciador, como consecuencia de haber infringido el artículo 195 del Código Sustantivo del Trabajo, que determina cuál es la prueba idónea para acreditar el capital de una empresa. Estima el acusador que por causa de la violación de las citadas disposiciones legales, la sentencia reconoció al demandante, por concepto de prima de servicios, una suma menor de la que le corresponde legalmente.

Al estudiar el primer cargo, se vio que el *ad quem* confirmó la condena hecha por el Juzgado, de la suma de $ 100.00, por concepto de prima de servicios reclamada por el demandante. El Tribunal, en este caso, aplicó el literal b) del artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, pues estimó que el capital de la empresa era inferior a $ 200.000.00. Para fundamentar su decisión, expresó lo siguiente: "Son estas, entre otras, las razones que lo llevan a la consideración de que la empresa 'Café Real' operó con un capital inferior a doscientos mil pesos: a) El capital de la empresa (Café Real) no fue motivo principal de litigio ni se debatió su cuantía dentro del negocio; b) Durante el debate se discutió la misma existencia del contrato de trabajo; c) Se admitió para la fijación del sueldo mensual del Administrador del establecimiento una libre apreciación judicial, y sería consecuencialmente inequitativo no hacerlo también por el mismo sistema de la libre apreciación judicial para la consideración del monto del capital, y, finalmente, d) Sería sencillamente irrisoria la fijación de un sueldo apenas de ciento cincuenta pesos ($ 150.00) para todo un Administrador de una empresa de capital superior a doscientos mil pesos ($ 200.000.00)".

El razonamiento del Tribunal en este punto es equivocado, pues contiene sólo un conjunto de apreciaciones subjetivas sin respaldo procesal, contrarias ostensiblemente al mandato de la ley, en que se dispone la forma como debe acreditarse y por quién, el capital de una empresa demandada. En efecto, según el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, toda empresa de carácter permanente, cuyo capital sea de $ 200.000.00 o superior, está obligada a pagar a cada uno de sus trabajadores, excepto a los oca-

sionales o transitorios, un mes de salario, como prestación especial, por concepto de prima de servicios, en la forma que se expresa en su literal a) ; y, únicamente cuando se demuestra que el capital es menor de esa suma, el valor de esta prestación equivale a 15 días de salario, según el literal b). Ahora bien, de acuerdo con el artículo 195, ibídem, se entiende por capital de la empresa el valor del patrimonio gravable declarado en el año inmediatamente anterior, según prueba que debe presentar el patrono, pues, en caso de no presentarla, se presume que tiene el capital necesario para pagar la totalidad de la prestación demandada.

Significa lo anterior que el capital de una empresa, para efecto de las prestaciones y derechos que establece el Código Sustantivo del Trabajo, sólo puede darse por establecido con el medio probatorio autorizado por la ley, esto es, comprobando el valor del patrimonio gravable declarado en el año inmediatamente anterior, mediante la certificación de la respectiva Administración de Hacienda Nacional.

En el caso de autos, la parte demandada no adujo, en su oportunidad legal, la prueba que le correspondía aportar al juicio para demostrar el capital de la empresa denominada "Café Real", por lo que se presume que tiene el necesario para pagar la totalidad de la prestación demandada. Así las cosas, como el Tribunal no tuvo en cuenta la prueba que surge de la presunción legal y dio por establecido que el capital de la empresa demandada es inferior a la suma de doscientos mil pesos, valiéndose para ello de un medio no autorizado por la ley, pues basó su juicio en simples inferencias y razones extrañas al punto debatido, resulta demostrado que infringió lo dispuesto por el artículo 195 del Código Sustantivo del Trabajo y, como consecuencia, el literal a) del artículo 306 de la misma obra. Por tanto, el cargo prospera y deberá casarse la sentencia, en lo relativo a la condena por prima de servicios, y dictarse el correspondiente fallo que modifique, en este punto, el de instancia.

Cuarto cargo.

Para absolver a los demandados de la petición de condena al pago de la indemnización de perjuicios moratorios de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, el Tribunal expresó lo siguiente:

"De autos resulta que se operó una duda justificada acerca de la existencia misma del contrato de trabajo, cuando los demandados, por conducto de su apoderado y con razones atendibles y respetables, sin malicia ni temeridad, creyeron que su relación contractual con el actor debía regularse con las normas del contrato de mandato que se consagran en el Derecho común. Alegaron además la falta del requisito esencial de la subordinación. Controvertida así la relación de trabajo, se está en presencia de una buena fe patronal que se exculpa a los demandados de la indemnización por falta de pago. En este orden de ideas y sin necesidad de un análisis más prolijo sobre este punto controvertido, considera el Tribunal que debe confirmarse la apreciación del juzgador de primera instancia cuando absolvió por conceptos de salarios caídos".

La Sala considera:

Conforme al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, si a la terminación del contrato el patrono no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo. De esta suerte, salarios y prestaciones son las dos deudas insolutas previstas en la norma transcrita, para que ésta opere. En el caso de autos, la sentencia exime a los demandados del pago de salarios reclamados por las razones que allí se expresan, en cambio encontró que las deudas provenientes de prestaciones no habían sido pagadas, y condenó a los demandados por su importe. Empero, el sentenciador se abstuvo de producir la condena indemnizatoria prevista en la citada norma legal, con el argumento de que para los demandados "se operó una duda justificada acerca de la existencia misma del contrato de trabajo", y además en que éstos alegaron la falta de subordinación, por lo que deduce que la relación de trabajo fue controvertida.

De acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Sala de la Corte y del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, cuando el patrono se abstiene de cumplir las obligaciones que le impone el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, el juzgador toma en cuenta la buena fe patronal para eximirlo o no de la sanción prevista en esta norma, si alega dentro del juicio la inexistencia de la relación laboral y siempre que aporte pruebas que así lo demuestran. Es decir, no basta la simple negativa de la existencia del vínculo, sino que ésta debe fundamentarse con razones valederas y aducirse al proceso pruebas atendibles que justifiquen su conducta.

No es este el caso de autos, pues la respuesta al libelo inicial no niega la existencia del contrato; la de uno de los demandados agrega algunas razones tendientes a explicar la forma como se desarrolló o ejecutó la relación de trabajo entre las partes, y, de ellas, trata de configurar la existencia de unos hechos exceptivos para su defensa, como puede apreciarse de los apartes que de esa pieza procesal se dejaron transcritos, en la relación de los hechos de este negocio. No existe en el expediente prueba alguna que sirva de base a lo afirmado por el Tribunal para dar como cierto el hecho de que los demandados controvirtieron la existencia del contrato de trabajo que los ligó con el demandante. La respuesta al libelo inicial, y las pruebas obrantes en el expediente, como son la confesión provocada del demandado Tulio Montaña y la testimonial aducida por el demandante, demuestran todo lo contrario a lo admitido por el Tribunal. Del proceso se evidencia, con toda certeza, que en ningún momento pudo existir siquiera duda, por parte de los demandados, sobre la realidad del hecho consistente en estar ligados al demandante por un contrato de trabajo.

Así las cosas, si el contrato de trabajo no fue materia de controversia en el juicio por parte de los demandados, no puede tener aplicación la doctrina jurisprudencial que permite poner en juego el elemento de la buena fe como causal exonerativa de la sanción que contempla el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Por otra parte, como el Tribunal al investigar la conducta de los demandados por su abstención en el cumplimiento de la obligación que les impone el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, se coloca dentro de una situación de hecho, relacionada con las pruebas aducidas al juicio, se concluye que es acertada y procedente la impugnación de la sentencia por el motivo que plantea el recurrente. Y, resultado, de las pruebas que obran en autos, ostensiblemente equivocado el concepto del *ad quem* al absolver a los demandados de la condena de indemnización de perjuicios por mora en el pago de las prestaciones debidas al demandante, conforme a lo pedido en la demanda inicial, se configura también la violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto no fue aplicado por el juzgador. El cargo prospera y se casará igualmente, por este concepto, la sentencia impugnada.

Consideraciones para la sentencia de instancia.

Además de las razones consignadas al hacer el examen de los cargos formulados en casación, la Sala agrega las siguientes:

a) *Prima de servicios.* Está demostrado en el juicio que el trabajador Urías Forero entró a prestar sus servicios a los demandados Montaña y Avila Junco el día primero de marzo de mil novecientos cincuenta y dos, y que trabajó a su servicio hasta el 11 de julio de 1953. Constituye también un hecho aceptado que el sueldo devengado por el demandante fue de ciento cincuenta pesos mensuales. Así las cosas, el demandante tiene derecho al pago por concepto de prima de servicios, de conformidad a lo previsto en el literal a) del artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, por el tiempo trabajado durante el primer semestre del calendario del año de 1952, o sea por lo que corresponda proporcionalmente a cuatro meses; al valor de una quincena de salario por el trabajo cumplido durante el segundo semestre de 1952; y, finalmente, al valor de otra quincena de salario por el primer semestre del año de 1953. Hechas las operaciones aritméticas del caso, resulta que el demandante tiene derecho al pago de doscientos pesos ($ 200.00) por concepto de prima de servicios.

b) *Indemnización por mora.* Sobre la base del sueldo mensual de $ 150.00 devengado por el demandante, le corresponde un salario diario de cinco pesos ($ 5.00). El contrato de trabajo terminó el día 11 de julio de 1953. No habiendo pagado los demandados a su ex trabajador Urías Forero, al tiempo de la terminación del contrato, el valor de las prestaciones a que tenía derecho, y sobre las cuales se produjeron las condenas de instancia, es el caso de dar aplicación a lo dispuesto por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, condenándolos, también, a pagar al demandante, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo en el cumplimiento de sus obligaciones.

A virtud de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa parcialmente* la sentencia recurrida, en cuanto confirma la sentencia del Juez *a quo* en los puntos referentes a la condena por prima de servicios y en cuanto absuelve a los demandados de la indemnización por mora, y, convertida en Tribunal de Instancia, revoca, en estos puntos, la sentencia del Juzgado, y en su lugar dispone:

Condénase a los demandados Tulio Montaña y Víctor Avila Junco, de las condiciones civiles

conocidas en el juicio, a pagar al demandante Urías Forero R. las siguientes sumas de dinero:

a) Doscientos pesos ($ 200.00) por concepto de prima de servicios;

b) La suma de cinco pesos ($ 5.00) diarios, a partir del día 12 de julio de mil novecientos cincuenta y tres y hasta el día en que se verifique el pago de las prestaciones que adeudan al demandante, sobre las cuales se ha producido condena en este juicio, como indemnización por mora en el pago de las prestaciones que le corresponden.

No la casa en lo demás.

Sin costas en el recurso.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C, Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DICTAMEN PERICIAL. — PRUEBAS. — PENSION DE INVALIDEZ

Son cuestiones diferentes los medios probatorios, su ritualidad o modo de aducción y la valoración de los mismos. Diferencias en materia probatoria entre el procedimiento laboral y el procedimiento civil. Manera de rituar las pruebas en el proceso laboral.

En materia de derecho procesal son cuestiones diferentes los medios probatorios, su ritualidad o modo de aducción y la valoración de los mismos. Sustancialmente la diferencia entre el procedimiento laboral y el civil estriba en la forma de valoración de las pruebas, ya que mientras en el primero rige el principio del libre convencimiento o apreciación racional, en el segundo predomina el de la tarifa legal. En cambio, en lo atinente a los distintos medios probatorios no hay discordancia apreciable por cuanto el Código Procesal del Trabajo se remite en su artículo 51 "a los medios de prueba establecidos en la ley". O sea, los enumerados en el Código Civil y en el judicial, que es donde están establecidos, siendo este último estatuto de aplicación supletoria, según lo preceptúa el artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral.

Ahora bien, es obvio que la prueba que se decrete en asuntos laborales debe producirse y rituarse dentro de los ordenamientos del Código Judicial que la establece en armonía con la oralidad y publicidad que en aquéllos impera.

Así las cosas, acontece que en caso de autos se ordenó y practicó un dictamen pericial para establecer la incapacidad del trabajador demandante, pero ese experticio no se puso en conocimiento de las partes, tal como lo manda el artículo 719 del Código Judicial, para los fines en él previstos. Incurrió, pues, el Tribunal en un ostensible error al dar por establecido un hecho mediante una prueba incompleta por la deficiencia que se ha anotado. Todo lo cual condujo a las infracciones legales que el recurrente puntualiza.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., septiembre trece de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C.).

Julio Arrieta Gambín, por medio de apoderado, presentó demanda ordinaria laboral contra el Municipio de Barranquilla y solidariamente contra las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, para que fuesen condenadas las dos entidades a reconocerle pensión de invalidez y las demás obligaciones que resultaren a su cargo.

Como hechos de la demanda se relataron los siguientes:

Que las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla son una dependencia del Municipio de Barranquilla, organizadas en forma autónoma; que dichas empresas están instituídas para la administración de bienes, rentas y servicios públicos, construcción y sostenimiento de obras públicas municipales y otras actividades, todo lo cual hace que se trate de una institución idéntica a las de los particulares o susceptible de ser fundada y manejada por éstos; que el demandante trabajó al servicio de las nombradas Empresas, en el cargo de chofer, desde el día 9 de octubre de 1953; que para ser admitido al servicio tuvo necesidad de pasar por los exámenes médicos correspondientes; que durante su permanencia en el servicio sufrió un accidente que no tuvo el carácter de accidente de trabajo, el cual le ocasionó la fractura del tercio inferior del peroné de la pierna derecha, que le ha de-

jado en incapacidad permanente, con dificultades para la locomoción y para los movimientos de la pierna y el pie derechos; que las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla le prestaron al trabajador la atención médica y económica a que hubo lugar; que por motivo del mencionado accidente, el demandante fue objeto de exámenes de laboratorio que establecieron "huellas de albúmina" en la orina, lo que constituye signo clínico de hipertensión arterial; que el demandante fue despedido el día 22 de junio de 1955, sin justa causa, y encontrándose vigente su contrato verbal de trabajo; que al tiempo del retiro el demandante estaba incapacitado para ejercer su oficio de chofer por padecer de hipertensión arterial, disminución apreciable de la agudeza visual y dificultades motrices de la pierna derecha; que debido al mal estado de salud del demandante no ha podido volver a desempeñar oficio alguno, y de manera especial el de chofer, que es su profesión habitual; que después de su retiro el demandante ha tenido que costear por su cuenta servicios, medicinas y tratamientos médicos; que al tiempo de su despido el demandante devengaba un salario de $ 46.00 semanales, y que el actor agotó la vía gubernativa.

En derecho se citaron las disposiciones pertinentes de la Ley 6ª de 1945, del Decreto 2127 de 1945, del Decreto 2767 de 1945 y del Código Sustantivo del Trabajo.

Las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, por conducto de apoderado, respondieron la demanda aceptando algunos hechos y negando otros. Alegaron haber cumplido con las peticiones demandadas.

Correspondió el conocimiento de la litis al Juzgado Tercero del Trabajo de Barranquilla. El fallo de primera instancia fue dictado el 28 de octubre de 1959, el cual dispuso en su parte resolutiva lo siguiente: "Condénase a las Empresas Públicas Municipales, representadas por el señor Samuel Hollopeter, y en este juicio por el doctor Diego de la Peña, a pagar al señor Julio Arrieta Gambín, representado en este juicio por el doctor Carmelo Padilla, la pensión de jubilación a que tiene derecho de acuerdo con la letra c) del artículo 17 de la Ley 6ª de mil novecientos cuarenta y cinco, desde el veinte y dos de julio de mil novecientos cincuenta y cinco, y mientras dure la incapacidad a razón de ciento setenta y cinco pesos con veinte centavos ($ 175.20) mensuales, último salario mensual devengado por el demandante".

De la decisión anterior apeló la parte condenada en la primera instancia. Al Tribunal Superior de Barranquilla —Sala Laboral—, por fallo de 16 de diciembre de 1959, tocole resolver la alzada en el sentido de reformar la condena del *a quo*, disponiendo el mismo reconocimiento de $ 175.20 mientras dure la incapacidad, a partir del 22 de julio de 1955, pero facultando a las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla "para deducir del monto de las pensiones atrasadas la suma de $ 357.41, que el actor recibió como valor del auxilio de cesantía...".

Ni en primera ni en segunda instancia hubo condenación en costas. Contra el fallo del Tribunal interpuso recurso de casación la parte vencida en segunda instancia. Como el recurso extraordinario se encuentra debidamente preparado, corresponde decidirlo previo el examen de la demanda que lo sustenta. El escrito de oposición fue presentado fuera de la oportunidad procesal.

Alcance de la impugnación:

Persigue la casación total de la sentencia acusada y a que, en su lugar, se absuelva a las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla de las peticiones de la demanda inicial.

Se invoca la causal primera del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo. Se formula un solo cargo, que pasa a examinar la Sala.

Cargo único. Se enuncia en estos términos:

"El fallo impugnado violó por vía indirecta y por aplicación indebida el artículo 17, literal c) de la Ley 6ª de 1945, en relación con los artículos 51, 61 y 145 del Código Procesal del Trabajo, 217, 3º, 4º, 491 y 492 del Código Sustantivo del Trabajo, segundo (2º) literal n) de la Ley 77 de 1948 y 715, 719, 720, 668 y 693 del Código Judicial. Esta violación se produjo como consecuencia de evidente error de hecho en la apreciación de las pruebas que adelante singularizo, consistente en haber dado por demostrado, sin estarlo, que Julio Arrieta Gambín padece de invalidez".

El error de hecho se concreta en esta forma:

"Las pruebas indebidamente apreciadas son las siguientes: 1ª Concepto número 197 del Médico Seccional del Trabajo de Barranquilla, de fecha 18 de mayo de 1959 (folio 22 del cuaderno principal); 2ª Concepto número 506, de fecha 22 de octubre de 1958, del mismo Médico Seccional del Trabajo de Barranquilla (folio 55 del mismo cuaderno); 3ª Copia de copia del certificado médico cuyo texto aparece a folio 29 del mismo cuaderno; 4ª Copia expedida por la

Sección de Personal de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, de un certificado médico que figura en la historia clínica del actor como otorgado, con fecha 23 de noviembre de 1957, por el doctor Juan Albor Manotas (folio 36 del mismo cuaderno)''.

El desarrollo del cargo se hace en estos términos:

''En el procedimiento laboral no existen normas expresas sobre la manera como se debe asumir en juicio la prueba pericial. De consiguiente, por virtud de lo dispuesto en el artículo 145 del Código de la materia, es preciso aplicar las pertinentes del Código Judicial. Entre éstas se cuenta, por modo muy importante, la que consagra la obligación de dar traslado del dictamen a las partes''.

''En el caso en estudio, los conceptos emitidos por el Médico Seccional del Trabajo de Barranquilla (folios 22 y 55 del cuaderno principal), bien sea que se tengan como una sola pritación (sic) o que se considere como dos distintas, no fueron puestos en conocimiento de las partes, para los efectos indicados en los artículos 719 y 720 del Código Judicial''.

''Esta omisión, de acuerdo con reiterada jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, comporta la desestimación de la prueba, desde luego que, así producida, carece de todo valor probatorio. En efecto, ya en sentencia de 30 de abril de 1951, dijo aquel Tribunal: 'La jurisprudencia de la Corte Suprema es constante en el sentido de que la prueba pericial no es completa en tanto que no se haya dado conocimiento a las partes del experticio, y esta corporación lo tiene decidido de la misma manera. Y como la libre apreciación probatoria que la ley confiere al juzgador en asuntos laborales se refiere a la tarifa legal, no es admisible que a la prueba que no se ha producido en forma completa se le pueda dar un valor de que carece'. (G. del T., Tomo VI, números 53 a 58, pág. 223)''.

Se considera:

En materia de derecho procesal son cuestiones diferentes los medios probatorios, su ritualidad o modo de aducción y la valoración de los mismos. Sustancialmente la diferencia entre el procedimiento laboral y el civil estriba en la forma de valoración de las pruebas, ya que mientras en el primero rige el principio del libre convencimiento o apreciación racional, en el segundo predomina el de la tarifa legal. En cambio, en lo atinente a los distintos medios probatorios no hay discordancia apreciable por cuanto el Código Procesal del Trabajo se remite en su artículo 51 ''a los medios de prueba establecidos en la ley''. O sea, los enumerados en el Código Civil y en el Judicial, que es donde están establecidos, siendo este último estatuto de aplicación supletoria, según lo preceptúa el artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral.

Ahora bien, es obvio que la prueba que se decrete en asuntos laborales debe producirse y rituarse dentro de los ordenamientos del Código Judicial, que la establece en armonía con la oralidad y publicidad que en aquéllos impera.

Así las cosas, acontece que en el caso de autos se ordenó y practicó un dictamen pericial para establecer la incapacidad del trabajador demandante, pero ese experticio no se puso en conocimiento de las partes, tal como lo manda el artículo 719 del Código Judicial, para los fines en él previstos. Incurrió, pues, el Tribunal en un ostensible error al dar por establecido un hecho mediante una prueba incompleta por la deficiencia que se ha anotado. Todo lo cual condujo a las infracciones legales que el recurrente puntualiza.

Por lo expuesto, el cargo prospera y la sentencia habrá de casarse.

En mérito de los razonamientos que preceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* el fallo recurrido y, obrando como Tribunal de instancia, *revoca* el de primer grado para, en su lugar, *absolver* a las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla de las peticiones formuladas.

Sin costas.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C, Luis Fernando Paredes A., Diógenes Sepúlveda Mejía, Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CESANTIA, VACACIONES, PRIMAS DE SERVICIO. — PRESUNCION DE CONTRATO DE TRABAJO. — CONTRATO DE TRABAJO CON AGENTES VENDEDORES. — ESTIPULACION SOBRE EXCLUSIVIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO

1. Para que haya contrato de trabajo con los agentes vendedores —dice la sentencia acusada— se requieren dos condiciones: la continuada dependencia del trabajador al patrono, y el hecho de que aquél no constituya por sí mismo una empresa comercial. En este tipo contractual —continúa la sentencia— no opera la presunción del artículo 24 del Código, porque el 98 regula una especie particular de contrato, en la cual es esencial el elemento de la continuada dependencia. Por tanto, corresponde al actor la prueba de que su relación laboral con el demandado estuvo sujeta a tal requisito, como lo ha reconocido la jurisprudencia.

Tal es el fundamento cardinal del fallo acusado. Por vía de simple hipótesis examina el punto relativo a la presencia en el juicio de la continuada subordinación, para concluír que no fue acreditada por el demandante, según las pruebas de que hace mérito.

Como se ve, con independencia de toda cuestión de hecho, la sentencia sostiene que a las relaciones personales de trabajo con los agentes vendedores es inaplicable la presunción del artículo 24. La decisión fija el significado de la norma reguladora de tal actividad, contenida en el artículo 98.

Así enjuiciado el tema de la litis, debe la Sala examinar si el juicio jurídico de la decisión impugnada se ajusta al recto sentido de la nombrada disposición.

En lo pertinente dice el artículo 98 del Código, modificado por el 3º del Decreto 3129 de 1956:

"Hay contratos de trabajo con los representantes, agentes vendedores y agentes viajeros, cuando al servicio de personas determinadas, bajo su continuada dependencia y mediante remuneración se dediquen personalmente al ejercicio de su profesión y no constituyan por sí mismos una empresa comercial".

Según el artículo 23 del Código en cita, para que haya contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos esenciales, a saber: actividad personal del trabajador; continuada dependencia o subordinación de éste al patrono, y un salario como retribución del servicio. Declara el inciso 2º de la norma que, una vez reunidos los tres elementos, se entiende que existe dicho contrato, "y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé, ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen".

El artículo 24 de la misma obra establece que "se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo".

Para la Corte el artículo 23 rige toda relación de trabajo humano que reúna las notas allí establecidas. Destacan su universalidad estos factores: la calificación de los tres elementos como esenciales de la figura jurídica, y la declaración de que, una vez reunidos, no pierde su naturaleza por la adición de cualquier condición o modalidad, Igual significación tiene la norma del artículo 24. Surge nítida de su tenor literal. Por tanto, a toda relación de trabajo personal se aplica la presunción juris tantum que el ordenamiento consagra.

En apoyo de su tesis transcribe el fallador pasajes de un fallo del Tribunal Supremo. Son ellos los siguientes: "La norma del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo también opera respecto del contrato laboral de los agentes viajeros cuyas modalidades específicas se contraen a los hechos de la dedicación al ejercicio de su profesión y no constituír una empresa comercial. Los que requieren, pues, demostración particular son estos últimos para los efectos de la existencia de ese contrato específico, y no los esenciales comunes del contrato de trabajo, que pueden colegirse, presuntivamente, de la simple relación de trabajo personal". (Sentencia de 28 de septiembre de 1955. Juicio se-

guido por Reinaldo Arias E. contra "Cacharrería Symar Ltda.").

Es clara la decisión al expresar que al contrato de que se trata es aplicable la presunción del artículo 24. Establecido el antecedente legal —relación de trabajo personal—, la continuada dependencia del empleado al patrono queda demostrada por obra de la prueba en referencia. Lejos, pues, de abonar la tesis del ad quem, la sentencia de casación conduce a la conclusión contraria, como lo anota el recurrente.

El artículo 98 es una reiteración de lo establecido en el 23. No ve la Sala diferencia de fondo entre la actividad personal del trabajador en la prestación del servicio (art. 23) y la dedicación personal de éste al ejercicio de la profesión de agente vendedor (art. 98), como lo afirma el fallo de casación citado. En esencia uno y otro concepto expresan la misma idea. ¿Quiere decir la repetición que el pensamiento de la segunda norma es exigir la prueba de los tres requisitos a que se refiere la primera, dejando sin efecto la presunción del artículo 24? No lo estima así la Corte. Si el artículo 98 se interpreta en tal sentido, se limita su ámbito de aplicación, como también el del artículo 23, restricciones que pugnan con su generalidad. Las reglas creadoras de derechos y sus excepciones pertenecen a la estera de competencia del legislador, actividad extraña a la función judicial, cuya misión, cuando la acción ejercitada es de condena, como ocurre en el presente asunto, se reduce a aplicar al caso específico y concreto el precepto legal que las regule, o, en otros términos, a indagar si el derecho subjetivo deducido en el juicio cabe en los supuestos abstractos del derecho objetivo.

Siguiendo el criterio expuesto, la condición específica del contrato especial en examen se concreta, en últimas, a la demostración de que el agente vendedor no constituye por sí mismo una empresa comercial. Por consiguiente, acreditado el trabajo personal del agente vendedor, extremo que no ha sido materia de discusión en el juicio y que, por lo demás da por establecido el Tribunal, el demandante quedó amparado con la presunción del artículo 24. En consecuencia, la carga de la prueba sobre inexistencia de la dependencia continua es de la incumbencia del patrono y no del trabajador, como lo afirma la sentencia. No fue, pues, correcta la interpretación dada por ésta al artículo 98 en relación con el 24 y el 23 del estatuto laboral, como lo sostiene el acusador.

2. El artículo 98 del Código Sustantivo del Trabajo habla de dedicación personal del agente vendedor en el ejercicio de su profesión, no de dedicación personal exclusiva. Con su labor de agente de una persona determinada, bajo su continua dependencia, puede concurrir otra de la misma especie con persona distinta, u otro contrato de trabajo para la ejecución de labores extrañas a las propias del agente vendedor, siempre que éstas las realice personalmente y que respecto de ellas no haya pactado la exclusividad con el respectivo empresario. Tampoco se opone en principio al contrato de trabajo con el agente vendedor el hecho de que desempeñe actividades independientes si su ejecución no le impide el cumplimiento de sus obligaciones como agente y las satisface en la forma y términos ya explicados. Es claro que el objeto de la función independiente no puede ser igual al que debe cumplir como agente vendedor, pues se convertiría en competidor desleal de su patrono, en oposición a lo previsto en los artículos 44 y 56 del Código Sustantivo del Trabajo.

Debe anotarse que no es de la esencia del contrato de trabajo la exclusividad en la prestación del servicio. Para que ofrezca esa modalidad se requiere que así lo estipulen las partes. Confirma este concepto la disposición del artículo 26 del Código. Por excepción hay labores que exigen la exclusividad, como la de los agentes colocadores de pólizas de seguros, títulos de ahorros o cédulas de capitalización, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 94 del estatuto laboral, modificado por el 1º del Decreto 3129 de 1956. Huelga decir que la exclusividad en la hipótesis de la citada norma se refiere a la labor, es decir, que el grupo de trabajadores dedicados a cualquiera de las tres actividades mencionadas debe ocuparse de ellas únicamente, lo cual no excluye el contrato de trabajo con varios patronos en el mismo género de negocios.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., catorce de septiembre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez).

Materia del pleito.

Guillermo Quintero C., por medio de apoderado, promovió juicio ordinario contra Arturo Mesa C., para que por sentencia fuera condenado a pagarle: $ 4.064.36 por cesantía; $ 3.441.13 por

primas de servicio; $ 1.998.00 por vacaciones, y $ 3.710.93 por lucro cesante. Fija así el valor de las deudas mencionadas y, en su defecto, se atiene al que se acredite en el juicio. Suplica también el pago de la suma de $ 26.56 diario a título de indemnización por mora, o a la que se demuestre en el proceso.

Dijo su mandatario judicial que las pretensiones se fundan en estos hechos: Quintero prestó servicios personales a Mesa, como Agente Vendedor de carteras en Bogotá, del 27 de mayo de 1953 al 7 de julio de 1958, bajo su continuada dependencia y mediante una remuneración del 10% sobre las ventas brutas; que anexa a tal función desempeñó otras, como el cobro de obligaciones en favor de Mesa; que éste tuvo primero su fábrica de carteras en Manizales y después en Medellín, en donde ha continuado funcionando; que en el último año de servicios devengó un sueldo mensual, en promedio, de $ 795.20, y en los tres años restantes el que indica en el hecho sexto de la demanda; que Quintero le reclamó al demandado el pago de la prima de servicios, a lo cual se negó; que estimando el rechazo como violación del contrato, le pasó la nota del 3 de julio de 1958, recibiendo en respuesta la del 7 del mismo mes y año, que implica terminación del vínculo; que la renuncia forzada del actor es imputable al demandado, y que éste ha procedido con temeridad al desconocer la existencia de la relación laboral y al negarse al pago de las prestaciones sociales reclamadas.

Cita en apoyo de las peticiones las normas pertinentes del Código del Trabajo, entre otras, la de su artículo 98.

La respuesta a la demanda niega la existencia del contrato de trabajo y se opone a la prosperidad de las súplicas que formula. Respecto de los hechos dice que aceptará lo que en el juicio se pruebe. Propuso, como excepciones perentorias, las de falta de título y de causa para pedir, inexistencia de la obligación, prescripción y cualquiera otra que en el proceso se demuestre.

El fallo de primera instancia, proferido por el Juzgado 5º del Trabajo de Bogotá, absolvió al demandado de todos los cargos e impuso las costas al actor.

La sentencia de segundo grado, dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, decisoria del recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la del Juzgado *a quo*, confirmó la de éste en todas sus partes, con costas a cargo del apelante.

La parte vencida interpuso el recurso de casación contra el fallo del Tribunal, que le fue concedido. Admitido por la Sala y debidamente preparado, se pasa a decidir.

Aspira el recurrente a que la Corte case el fallo acusado, revoque en instancia el de primer grado y, en su lugar, acoja las súplicas de la demanda inicial en la forma solicitada por ella, e imponga a Arturo Mesa, por su temeridad, la sanción prevista en el artículo 65 del Código del Trabajo. En estos términos fija el alcance de la impugnación.

Invoca el recurso las causales primera y segunda de casación, y con base en ellas formula siete cargos contra el fallo del *ad quem*.

En atención a que los cargos primero y quinto acusan violación de unos mismos preceptos legales por vía directa (interpretación errónea), serán examinados en conjunto.

Primer cargo. Violación de los artículos 24 y 98 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con el 23, ibídem, por errónea interpretación, y, como consecuencia, la de los artículos 47, 186, 189, 249 y 306 del mismo Código.

Motivan el cargo estas consideraciones:

Según la sentencia, al contrato de trabajo con agentes vendedores, regulado en el artículo 98 del Código, no es aplicable la presunción del artículo 24, porque éste contempla todas las relaciones de servicio personal y aquél un tipo especial, en el cual es esencial la continuada dependencia. Combate esa tesis con los siguientes argumentos:

a) Respecto de agentes vendedores no hay texto expreso que destruya la presunción del artículo 24, y al juzgador no le es permitido crear excepciones a su arbitrio.

b) El fallo incurre en un solecismo jurídico ingenuo, porque no hay tipo de contrato laboral al cual no le sea esencial el elemento de la continuada dependencia, como lo dispone el artículo 23 del estatuto laboral.

c) Contra la universalidad del citado precepto, según el cual, para que haya contrato de trabajo se requiere que concurra, entre otros elementos esenciales, la continuada dependencia del trabajador respecto del patrono, la sentencia propone un tipo de contrato (el de los agentes vendedores), al cual es esencial dicho elemento. O sea, que donde la ley estableció un elemento de vigencia general, la sentencia lo propone como de simple vigencia particular. La continuada dependencia es elemento esencial, no sólo del contrato con agentes vendedores, sino de todo contrato de trabajo. No entenderlo así es interpretar erróneamente tanto el artículo 23

como el 98 del Código. El 98 no hace énfasis especial sobre la continuada dependencia sino que abarca los otros dos elementos: remuneración y dedicación personal del agente vendedor al ejercicio de esta profesión. Siendo ello así, no hay circunstancia especial de la cual pueda derivar la sentencia un cambio en el *onus probandi* a cargo del empleado, ya que el juzgador, dado el sistema de la persuasión racional, le importa más qué es lo que resulta probado en el juicio y no averiguar a quién le correspondía probarlo.

Quinto cargo. Violación del artículo 98 del Código Sustantivo del Trabajo, por errónea interpretación, y como consecuencia, la de los artículos 47, 186, 189, 249 y 306, ibídem.

En sustentación del cargo dice el recurrente que el artículo 98 del Código es oscuro en cuanto condiciona el contrato de trabajo al hecho de que los agentes no constituyan por sí mismos una empresa comercial, pues lo que tal exigencia significa es que no corran el riesgo del negocio y sean verdaderos empleados de comercio, ya que si soportan el riesgo se convierten en empresas. No entendió así el precepto el fallador, pues consideró que el actor constituía una empresa comercial porque simultáneamente con las actividades de que da cuenta la demanda ejerció otras de índole mercantil, como la venta de productos que manejaba directa y exclusivamente. O sea que, según su criterio, "la empresa se caracteriza por la simultaneidad en el ejercicio de actividades y en la venta de productos manejados directa y exclusivamente (nada de correr el riesgo del negocio). Y que para que no exista empresa, lo esencial es el ejercicio de una única actividad y la venta de productos manejados indirecta y no exclusivamente (aunque se corra el riesgo)". Tacha el concepto de injurídico, porque hace radicar la condición de no constituír empresa en la circunstancia de que no haya simultaneidad de actividades comerciales y en el manejo indirecto y no exclusivo de ventas, extremos no previstos por la ley. "Si por la no simultaneidad de actividades el sentenciador entiende que se trata de la imposibilidad de celebrar varios contratos de trabajo, entendió mal el artículo 26 del Código violándolo; y si por la venta de productos manejada en forma indirecta y no exclusiva entiende que existe dependencia, la tesis repugna a lo establecido por la jurisprudencia en la comprensión conceptual de este elemento". En uno y otro caso incurre en falsa interpretación del artículo 98, en su última parte, y violación consiguiente de las normas relacionadas en el cargo.

El opositor rebate el primer cargo en estos términos: la presunción del artículo 24 quedó desvirtuada por la exigencia de elementos propios en el caso del contrato con agentes vendedores por mandato del artículo 98, por lo cual, la interpretación que hace la sentencia de la segunda de dichas normas se ajusta a los términos de su redacción. Pero en el supuesto de que fuera inexacta la tesis del Tribunal, afirma éste que la presunción del artículo 24 fue destruída a través de las pruebas del juicio, las cuales demuestran que faltó la continuada dependencia del empleado al patrono, pues aquél no se dedicó de manera exclusiva a la profesión de agente vendedor, sino que ejerció a la vez otras actividades, con libertad y autonomía, hasta llegar a constituír por sí mismo una empresa independiente.

Con referencia al quinto cargo el personero de la parte opositora dice en su réplica que el actor, durante la época a que se refiere la demanda, vendió a varios comerciantes de Medellín, entre otros a Arturo Mesa, herrajes y artículos metálicos, destinados a la fabricación de carteras, producidas en una empresa de propiedad de Quintero, según resulta de sus comunicaciones para el demandado, todo lo cual demuestra que aquél tuvo la calidad de empresario o comerciante independiente, como lo sostiene el fallador.

Consideraciones de la Corte:

I. *La presunción del artículo 24.*

Para que haya contrato de trabajo con los agentes vendedores —dice el Tribunal— se requieren dos condiciones: la continuada dependencia del trabajador al patrono, y el hecho de que aquél no constituya por sí mismo una empresa comercial. En este tipo contractual —continúa la sentencia— no opera la presunción del artículo 24 del Código, porque el 98 regula una especie particular de contrato, en la cual es esencial el elemento de la continuada dependencia. Por tanto, corresponde al actor la prueba de que su relación laboral con el demandado estuvo sujeta a tal requisito, como lo ha reconocido la jurisprudencia.

Tal es el fundamento cardinal del fallo acusado. Por vía de simple hipótesis examina el punto relativo a la presencia en el juicio de la continuada subordinación, para concluír que no fue acreditada por el demandante, según las pruebas de que hace mérito.

Como se ve, con independencia de toda cuestión de hecho, la sentencia sostiene que a las relacio-

nes personales de trabajo con los agentes vendedores es inaplicable la presunción del artículo 24. La decisión fija el significado de la norma reguladora de tal actividad, contenida en el artículo 98.

Así enjuiciado el tema de la litis, debe la Sala examinar si el juicio jurídico de la decisión impugnada se ajusta al recto sentido de la nombrada disposición.

En lo pertinente dice el artículo 98 del Código, modificado por el 3º del Decreto 3129 de 1956:

"Hay contratos de trabajo con los representantes, agentes vendedores y agentes viajeros cuando al servicio de personas determinadas, bajo su continuada dependencia y mediante remuneración, se dediquen personalmente al ejercicio de su profesión y no constituyan por sí mismos una empresa comercial".

Según el artículo 23 del Código en cita, para que haya contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos esenciales, a saber: actividad personal del trabajador; continuada dependencia o subordinación de éste al patrono, y un salario como retribución del servicio. Declara el inciso 2º de la norma que, una vez reunidos los tres elementos, se entiende que existe dicho contrato, "y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé, ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen".

El artículo 24 de la misma obra establece que "se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo".

Para la Corte el artículo 23 rige toda relación de trabajo humano que reúna las notas allí establecidas. Destacan su universalidad estos factores: la calificación de los tres elementos como esenciales de la figura jurídica, y la declaración de que, una vez reunidos, no pierde su naturaleza por la adición de cualquier condición o modalidad. Igual significación tiene la norma del artículo 24. Surge nítida de su tenor literal. Por tanto, a toda relación de trabajo personal se aplica la presunción *juris tantum* que el ordenamiento consagra.

En apoyo de su tesis transcribe el fallador pasajes de un fallo del Tribunal Supremo. Son ellos los siguientes: "La norma del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo también opera respecto del contrato laboral de los agentes viajeros, cuyas modalidades específicas se contraen a los hechos de la dedicación al ejercicio de su profesión y no constituír una empresa comercial. Los que requieren, pues, demostración particular son estos últimos para los efectos de la existencia de ese contrato específico, y no los esenciales comunes del contrato de trabajo, que pueden colegirse, presuntivamente, de la simple relación de trabajo personal". (Sentencia de 28 de septiembre de 1955. Juicio seguido por Reinaldo Arias E. contra "Cacharrería Symar Ltda.").

Es clara la decisión al expresar que al contrato de que se trata es aplicable la presunción del artículo 24. Establecido el antecedente legal —relación de trabajo personal—, la continuada dependencia del empleado al patrono queda demostrada por obra de la prueba en referencia. Lejos, pues, de abonar la tesis del *ad quem*, la sentencia de casación conduce a la conclusión contraria, como lo anota el recurrente.

El artículo 98 es una reiteración de lo establecido en el 23. No ve la Sala diferencia de fondo entre la actividad personal del trabajador en la prestación del servicio (art. 23) y la dedicación personal de éste al ejercicio de la profesión de agente vendedor (art. 98), como lo afirma el fallo de casación citado. En esencia uno y otro concepto expresan la misma idea. ¿Quiere decir la repetición que el pensamiento de la segunda norma es exigir la prueba de los tres requisitos a que se refiere la primera, dejando sin efecto la presunción del artículo 24? No lo estima así la Corte. Si el artículo 98 se interpreta en tal sentido, se limita su ámbito de aplicación, como también el del artículo 23, restricciones que pugnan con su generalidad. Las reglas creadoras de derechos y sus excepciones pertenecen a la esfera de competencia del legislador, actividad extraña a la función judicial, cuya misión, cuando la acción ejercitada es de condena, como ocurre en el presente asunto, se reduce a aplicar al caso específico y concreto el precepto legal que las regule, o, en otros términos, a indagar si el derecho subjetivo deducido en el juicio cabe en los supuestos abstractos del derecho objetivo.

Siguiendo el criterio expuesto, la condición específica del contrato especial en examen se concreta, en últimas, a la demostración de que el agente vendedor no constituye por sí mismo una empresa comercial. Por consiguiente, acreditado el trabajo personal del agente vendedor, extremo que no ha sido materia de discusión en el juicio y que, por lo demás, da por establecido el Tribunal, el demandante quedó amparado con la presunción del artículo 24. En consecuencia, la carga de la prueba sobre inexistencia de la dependencia continua es de la incumbencia del patrono y no del trabajador, como lo afirma la sentencia. No fue, pues, correcta la interpretación dada por ésta al artículo 98, en relación con

el 24 y el 23 del estatuto laboral, como lo sostiene el acusador. El cargo prospera.

II. *Empresario independiente.*

Da a entender el Tribunal que el agente vendedor es trabajador exclusivo del beneficiario del servicio. En efecto, dice en su providencia: aun admitiendo que en la hipótesis del artículo 98 tiene aplicación la presunción del 24, no existió la dependencia continua entre las partes, como lo demuestran la confesión del actor en posiciones y las declaraciones de testigos traídas al juicio. Según esas pruebas, Quintero actuaba con libertad, porque durante el desarrollo de sus actividades como agente vendedor pudo simultáneamente dedicarse a otros menesteres con autonomía, como el trabajo con la empresa de transportes de Francisco Cifuentes, a negocios personales de comercio, y aun ausentarse de Bogotá sin autorización del demandado. Las mismas circunstancias demostrativas sobre inexistencia de la dependencia continua de Quintero a Mesa, acreditan que aquél constituyó por sí mismo una empresa comercial, porque con las actividades que refiere la demanda ejerció simultáneamente otras de índole mercantil, como la venta de productos que manejaba directa y exclusivamente.

Para la Sala no es acertado el concepto del fallador.

El artículo 98 habla de dedicación personal del agente vendedor en el ejercicio de su profesión, no de dedicación personal exclusiva. Con su labor de agente de una persona determinada, bajo su continua dependencia, puede concurrir otra de la misma especie con persona distinta, u otro contrato de trabajo para la ejecución de labores extrañas a las propias del agente vendedor, siempre que éstas las realice personalmente y que respecto de ellas no haya pactado la exclusividad con el respectivo empresario. Tampoco se opone en principio al contrato de trabajo con el agente vendedor el hecho de que desempeñe actividades independientes si su ejecución no le impide el cumplimiento de sus obligaciones como agente, y las satisface en la forma y términos ya explicados. Es claro que el objeto de la función independiente no puede ser igual al que debe cumplir como agente vendedor, pues se convertiría en competidor desleal de su patrono, en oposición a lo previsto en los artículos 44 y 56 del Código Sustantivo del Trabajo.

Debe anotarse que no es de la esencia del contrato de trabajo la exclusividad en la prestación del servicio. Para que ofrezca esa modalidad se requiere que así lo estipulen las partes. Confirma este concepto la disposición del artículo 26 del Código. Por excepción hay labores que exigen la exclusividad, como las de los agentes colocadores de pólizas de seguros, títulos de ahorros o cédulas de capitalización, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 94 del estatuto laboral, modificado por el 1º del Decreto 3129 de 1956. Huelga decir que la exclusividad en la hipótesis de la citada norma se refiere a la labor, es decir, que el grupo de trabajadores dedicados a cualquiera de las tres actividades mencionadas debe ocuparse de ellas únicamente, lo cual no excluye el contrato de trabajo con varios patronos en el mismo género de negocios.

La tesis del fallador no se ajusta al recto sentido de los artículos 98 y 26 del Código, como lo sostiene el recurrente, los cuales resultan violados por el concepto que éste indica. Por lo expuesto, prospera el cargo.

La errónea interpretación del artículo 98 del Código del Trabajo produjo la violación consecuencial de las normas tutelares de derechos del trabajador, como lo afirma el recurrente, pues sin ese vicio habría reconocido la existencia del vínculo laboral, causa jurídica de tales derechos. Como disposiciones infringidas por el fallo cita el acusador los artículos 47, 186, 189, 249 y 306 del citado Código. De esas normas imponen obligaciones al patrono los tres últimos (vacaciones, cesantía y primas de servicio).

Conviene advertir desde ahora lo siguiente: el libelo promotor del juicio pide la condena del demandado a perjuicios por lucro cesante y a indemnización moratoria, además de las relativas a cesantía, vacaciones y primas de servicio. A estas tres últimas se limitará la decisión de la Corte que deba reemplazar la recurrida, por estas razones: en cuanto a lucro cesante, el acusador no señala la norma legal que consagra el derecho (art. 64 del Código), y es bien sabido que es de rigor en casación indicar la norma legal violada, sin cuyo requisito no puede la Corte reconocer el derecho en ella establecido. Respecto a la indemnización por mora, tampoco cita el impugnante el precepto que la instituye (art. 65). Acusa violación de ese artículo por vía indirecta, en cargo independiente, a causa de error de hecho. Por el indicado concepto no se produjo su quebranto, como se verá en el estudio del séptimo cargo.

Los cargos segundo a cuarto y sexto persiguen la misma finalidad del primero y el quinto. Acogidos éstos, sobra toda consideración acerca de aquéllos.

Séptimo cargo. Violación indirecta del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, debido a error de hecho por desestimación de unas pruebas.

Señala el acusador los medios probatorios que no apreció la sentencia y expone los argumentos para demostrar el error de hecho que alega y la consiguiente violación de la norma mencionada. Las pruebas —dice— demuestran el contrato laboral.

El opositor sostiene que la sentencia no incurrió en el error que el cargo le imputa y, al efecto, entre otras razones, aduce la de que el recurrente no logró demostrar que el demandado, al negar la relación contractual de trabajo, hubiera procedido de mala fe, por lo cual no era del caso aplicar el artículo 65.

Se considera:

Opera el citado precepto legal cuando en el juicio se han demostrado estos presupuestos: a) Existencia del contrato de trabajo, y b) Deudas insolutas en favor del empleado por salarios o prestaciones sociales a la fecha en que el vínculo termina, salvo los casos de excepción que el ordenamiento consagra.

Ahora bien, fundamento principal de la sentencia es el de que las partes no estuvieron ligadas por un contrato laboral. Siendo ello así, no ha podido cometer el Tribunal error de hecho en su actividad probatoria al abstenerse de aplicar el canon legal, por sustracción de materia. Dado su criterio, no estudió las súplicas de la demanda inicial, entre las cuales figura la de condena al pago de la indemnización por mora. Sólo cuando la sentencia reconoce que la acción es viable debe ocuparse del estudio de las pruebas sobre los hechos en que aquélla se funda, pero no cuando, como en el asunto litigioso, llega a la conclusión de que no existe el derecho invocado por el actor. Por tanto, habría que establecer primero el contrato, acusando violación de las normas pertinentes (arts. 23 y 98 del C. S. T.) y luego las que consagran derecho al salario o prestaciones sociales. El cargo no prospera.

Fallo de instancia.

Las partes están de acuerdo en que el actor prestó servicios personales al demandado en Bogotá, como agente vendedor de artículos producidos por una empresa de su propiedad, instalada en Manizales, y trasladada después a Medellín. De ese hecho deriva la ley (art. 24 del C. S. T.) el contrato de trabajo entre el agente y el empresario. A esta conclusión llegó la Sala al examinar la demanda de casación y a lo allí expuesto se remite.

Debe agregarse que en el asunto litigioso la continuada dependencia del actor al demandado no se ampara únicamente en la presunción citada, sino en diversos medios probatorios, de manera especial en la correspondencia de Mesa para Quintero (fs. 2 a 215 del cuaderno número 2). Numerosos son los documentos de ese cuaderno que reflejan órdenes de Mesa para su agente en Bogotá, entre los cuales pueden citarse los de folios 38, 53, 65, 67, 69, 72, 86, 100, 102, 109 y 126, correspondientes a los años de 1953 a 1958.

Uno de los hechos que para el sentenciador tuvo el mérito de excluír el contrato de trabajo entre las partes, fue el de la ausencia del actor de Bogotá, lugar señalado para el cumplimiento de sus funciones. Entiende que por tal motivo quedó desvirtuada su dependencia del patrono. A lo cual observa la Sala:

Quintero confiesa en posiciones (fs. 517 a 526) que durante sus relaciones de trabajo con la empresa de transportes de Francisco Cifuentes (en 1953) se ausentaba de Bogotá en gestiones relacionadas con dicha empresa, y que siendo distribuidor de artículos producidos por una fábrica de Evaristo Ayuso hizo dos viajes a Medellín a finales de 1957 y principios de 1958. Los viajes en referencia no fueron continuos ni por obra de ellos abandonó el demandante su actividad de agente vendedor de Arturo Mesa. Por lo demás, la prueba documental antes citada acredita una dedicación personal permanente del actor en el lleno de la referida función.

Tiempo de servicios.

La demanda inicial afirma que el tiempo de trabajo comprendió el período del 27 de mayo de 1953 al 7 de julio de 1958.

La prueba documental antes citada acredita que las relaciones de trabajo entre las partes se iniciaron el 10 de julio de 1953 (f. 2, cuaderno número 2) y concluyeron el 7 de julio de 1958. En esta última fecha dirigió Mesa a Quintero la nota obrante al folio 215 del citado cuaderno, aceptando la renuncia presentada por éste del cargo de agente el 3 del mes y año citados (f. 536 del cuaderno principal).

El tiempo servido comprende, pues, el período del 10 de junio de 1953 al 7 de julio de 1958.

El salario y su cuantía.

La remuneración convenida por las partes fue el 10% sobre el valor de las ventas. Así lo de-

muestran, entre otros documentos, la nota de Mesa para Quintero del 3 de mayo de 1954 (f. 35 del cuaderno número 2).

No hay prueba en el juicio sobre el valor de las ventas para deducir de él el importe de la comisión. En cambio, la correspondencia corriente en el nombrado cuaderno da cuenta, casi mensualmente, del valor de las comisiones, según liquidaciones hechas por el demandado, con remisión de su importe al demandante. De esa prueba resulta lo siguiente:

Comisiones devengadas de 1953 a 1957:

1953	(De junio a diciembre, f. 22)	$ 3.151.38
1954	(En siete meses, fs. 27 a 52) ..	1.861.67
1955	(En once meses, fs. 59 a 107) ..	8.400.76
1956	(De enero a diciembre, f. 151) ..	12.295.58
1957	(De enero a diciembre, f. 211) ..	11.514.77

No hay datos en el juicio sobre el valor de las comisiones liquidadas y pagadas al demandante por el tiempo servido en 1958.

Con base en los guarismos anotados, el salario mensual, en promedio, fue el siguiente: en 1953, $ 254.28; en 1954, $ 265.95; en 1955, $ 763.71; en 1956, $ 1.024.63, y en 1957, $ 959.56.

Peticiones de la demanda de instancia.

Solicita la condena al pago de cesantía, vacaciones, primas de servicio, perjuicios por lucro cesante e indemnización moratoria.

Las dos últimas no serán objeto de consideración por la Sala en atención a las razones expuestas anteriormente. El demandante demostró el derecho a las otras tres, de conformidad con las normas legales pertinentes.

Excepciones.

De las propuestas por la parte demandada no resultan acreditadas las de falta de título y de causa, como la de inexistencia de la obligación, ya que su fundamento es el de que las partes no estuvieron vinculadas por una convención laboral.

En cuanto a la de prescripción, observa la Sala:

El auto admisorio de la demanda fue notificado al demandado el 4 de octubre de 1958 (f. 14 v. del cuaderno principal). En esa fecha quedó interrumpida la prescripción.

El medio extintivo no abarca el derecho al auxilio de cesantía, pues entre la fecha del acto procesal citado y la de expiración del contrato (7 de julio de 1958) no corrió el plazo de tres años que para la prescripción señala la ley.

Con relación a las primas de servicio, están prescritas las exigibles con anterioridad a diciembre de 1955.

Respecto de vacaciones, son procedentes las causadas por el tiempo de servicios comprendido entre el 10 de junio de 1954 y el 10 de junio de 1958. De esta última fecha a la de expiración del contrato el tiempo servido es inferior al prescrito por la ley para la adquisición del derecho.

a) *Auxilio de cesantía.*

De 1953 a 1957 el salario fue variable. Tal circunstancia determina la aplicación de la norma que contempla ese aspecto (art. 253 del C. S. T.) y a la vez el régimen que sobre congelación del derecho en 30 de junio de 1957 estableció el Decreto 118 de ese año en su artículo 6º.

El lapso de tiempo hasta el 30 de junio de 1957 impone la división en dos períodos, así: del 10 de junio de 1953 al 30 de diciembre de 1955 con salario de $ 1.024.63; del 1º de enero de 1956 al 30 de junio de 1957 con asignación de $ 992.10; del 1º de julio al 30 de diciembre de 1957 con base salarial de $ 959.56, y del 1º de enero al 7 de julio de 1958 con remuneración de $ 155.25 (salario mínimo y su aumento), conforme a los Decretos 2214 de 1956 y 118 de 1957.

Se han extraído los datos de la liquidación de comisiones hechas por el demandado, de que antes se hizo mérito.

Vale la prestación la suma de $ 4.675.01.

b) *Primas de servicio.*

No hay prueba en el juicio, suministrada por el patrono, de que el capital de la empresa hubiera sido inferior al previsto en el artículo 306, literal a) del Código. Por tanto, debe regir dicha norma, en armonía con lo establecido en el artículo 195, ibídem. Tomando como salario básico el vigente a la fecha de exigibilidad de cada una de las primas semestrales debidas ($ 763.71 para el primer semestre de 1955; $ 1.024.63 los dos semestres de 1956; $ 959.56 los dos semestres de 1957, y $ 155.25 el primer semestre de 1958) su importe es la suma de $ 2.443.68.

c) *Vacaciones.*

La base para la liquidación es el último salario devengado por el trabajador (art. 89 del Código, modificado por el 7º del Decreto 617 de 1954). Como fue variable el salario en el último año de servicios ($ 959.56 en el segundo semestre de 1957) y el mínimo legal en el primero de 1958 ($ 155.25), es el caso de tomar el promedio

mensual. Hechas las operaciones del caso, las vacaciones en cuatro años arrojan la suma de $ 2.229.64.

Es procedente la condena en costas en las instancias. En vista de que las súplicas de la demanda inicial no se acogen en su totalidad sino en parte, la condena se hará en un cincuenta por ciento. Así se procede en uso de facultad legal.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, revoca la de primer grado, proferida por el Juzgado 5º del Trabajo de la misma ciudad, y, en su lugar, resuelve:

1º Decláranse no probadas las excepciones perentorias propuestas por la parte demandada, salvo la de prescripción respecto de las primas de servicio, que prospera parcialmente, conforme a lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

2º Condénase a Arturo Mesa C., mayor de edad y vecino de Medellín, a pagar a Guillermo Quintero C., también mayor y vecino de Bogotá, dentro de los tres días siguientes al de ejecutoria de este fallo, lo siguiente:

a) Por auxilio de cesantía la suma de cuatro mil seiscientos setenta y cinco pesos un centavo ($ 4.675.01) moneda corriente.

b) Por primas de servicio la cantidad de dos mil cuatrocientos cuarenta y tres pesos sesenta y ocho centavos ($ 2.443.68) de la misma moneda.

c) Por compensación de vacaciones causadas y no disfrutadas la suma de dos mil doscientos veintinueve pesos sesenta y cuatro centavos ($ 2.229.64) moneda colombiana.

3º Absuélvese a Arturo Mesa C. de los demás cargos de la demanda.

4º Condénase a la parte demandada en un cincuenta por ciento de las costas causadas en las dos instancias.

Sin costas en el presente recurso.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

AUXILIO DE CESANTIA. — TRABAJO SUPLEMENTARIO. — INDEMNIZACION MORATORIA

1. Se precisa el sentido y alcance de la excepción contenida en el literal c) del artículo 251 del Código Sustantivo del Trabajo. — 2. Casos en que opera la exoneración de la sanción moratoria.

1. Dice el fallador en la sentencia acusada que la declaración de renta y patrimonio del demandado demuestra que no tuvo bajo su dependencia más de cinco trabajadores, hecho corroborado por la declaración de un testigo; que tal circunstancia, conforme al ordinal c) del artículo 251 del Código, lo libra de la obligación de pagar auxilio de censantía.

Observa la Sala: es hecho probado en el juicio, aceptado por el Tribunal, que el actor prestó servicios personales dependientes al demandado como trabajador en una panadería de propiedad de aquél. La Corte estima que fue indebida la aplicación del artículo 251, literal c) del Código, extraño a la hipótesis que contempla el precepto, pues éste se refiere a los artesanos que, trabajando personalmente en un establecimiento, no ocupan más de cinco trabajadores permanentes extraños a su familia. Artesano, según el diccionario de la lengua, es la persona que ejercita un arte u oficio mecánico. Nada tiene que ver con esa actividad el establecimiento del demandado, dedicado a la industria panadera. No era, pues, del caso indagar para un negocio de esta especie cuál era el número de asalariados a su servicio, ya que tal factor juega para el caso específico que contempla la previsión legal citada, distinto del establecido en el proceso.

2. Observa la Sala que la oferta de pago hecha por el demandado ante el Inspector del Trabajo, destinada a cubrir las acreencias laborales del demandante, como lo admite su apoderado en la contestación del libelo promotor del juicio, es una prueba elocuente no sólo de la existencia de la relación laboral sino de su calidad de deudor del demandante por prestaciones sociales. El elemento de juicio en examen no fue materia de consideración por el fallador, como lo afirma el impugnante. Los argumentos que aquél aduce resultan contrarios a la convicción que fluye de la confesión que se estudia. Quien ofrece pagar deudas a su cargo ante una autoridad del trabajo, no puede abrigar dudas sobre la obligación de satisfacerlas, y quien así procede sabe con certeza cuál es la causa jurídica de que provienen. El retiro voluntario del trabajador no autoriza al patrono para abstenerse de cancelar las deudas a su cargo, como lo ha sostenido la jurisprudencia al señalar el alcance de la norma legal, cuya violación acusa el impugnador. Por último, resulta a todas luces desacertada la consideración de que abona la buena fe del demandado el hecho de que acostumbraba pagar a sus empleados anualmente las prestaciones sociales debidas, ya que una de ellas, la cesantía, no se causa sino al terminar el contrato, siéndole prohibido al patrono (art. 254 del C. S. T.) cubrirla durante su vigencia, salvo excepciones que no juegan en el caso debatido.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., veintiséis de septiembre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez).

Jesús Acevedo Cañas, por medio de apoderado, promovió juicio ordinario contra Tomás Maldonado, para que por sentencia fuera condenado

a pagarle cesantía, primas de servicio, vacaciones en cuatro años, medios dominicales, recargo por trabajo nocturno y por el realizado en horas extras, indemnización por enfermedad profesional, indemnización por mora y costas del juicio.

Refiere la demanda que Acevedo Cañas prestó servicios personales dependientes a Tomás Maldonado, en una panadería de propiedad de éste, del 19 de abril de 1946 al 6 de agosto de 1958, ejerciendo las funciones, primero de moldero y amasador, y después las de mojador y hornero, con sujeción a esta jornada: 2 a. m. a 6 p. m., de manera continua, con interrupciones para las comidas; que los domingos trabajó dos horas, por lo menos; que el 6 de agosto de 1958 fue despedido por el patrono, sin justa causa; que devengó un sueldo de $ 2.00 diarios y la comida, y que el demandado se ha negado a pagarle los salarios y prestaciones sociales causados.

Las peticiones se fundan en las normas pertinentes del Código del Trabajo.

El mandatario judicial de Maldonado, en la respuesta a la demanda, acepta la vinculación laboral con una duración de seis años, expresando que terminó por retiro voluntario del actor el 6 de agosto de 1958, y que devengó un salario de $ 2.00 diarios. Manifiesta que el patrono le ofreció al demandante la suma de $ 500.00 en pago de sus prestaciones, que no aceptó, como tampoco la que le fue liquidada por la Oficina del Trabajo. Con algunas modificaciones da su asentimiento a la jornada de trabajo de que habla la demanda. Alega que la panadería en que trabajó el actor es una industria familiar, con capital inferior a $ 10.000.00. Respecto de vacaciones propuso la excepción de prescripción.

El juicio siguió su curso conforme a la ley, y terminó por sentencia dictada por el Juzgado Civil del Circuito de Pamplona, con fecha 17 de noviembre de 1959. El numeral primero de su parte resolutiva condena a Maldonado a pagar a Acevedo Cañas la suma de $ 3.45 (salario mínimo legal) desde el 6 de agosto de 1958, a título de indemnización moratoria, "hasta el día en que se verifique el pago o se efectúe la consignación correspondiente"; por el segundo lo absuelve de los demás cargos; y por el tercero se abstiene de la condena en costas.

De la anterior providencia apelaron ambas partes. La sentencia decisoria del recurso de alzada, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pamplona, de fecha 28 de marzo de 1960, resolvió: declarar probada la excepción de prescripción respecto de vacaciones anteriores al 20 de enero de 1956 (numeral 1º); revocar el punto primero de la sentencia apelada (numeral 2º); modificar su punto segundo, en el sentido de condenar a Maldonado a pagar al actor la suma de $ 103.50 por concepto de vacaciones (numeral 3º); absolver al demandado de los demás cargos (numeral 4º); confirmar el punto tercero del fallo del *a quo* (numeral 5º), y no hacer condena en costas en el segundo grado (numeral 6º).

Interpuso el recurso de casación la parte demandante, que le fue concedido. Elevados los autos a esta Superioridad, admitido por ella el recurso y tramitado en legal forma, se pasa a decidir.

El recurso.

Persigue la quiebra del fallo recurrido en sus puntos 1º, 2º, 4º, 5º y 6º, la reforma de la sentencia de primer grado para que se revoque en todas sus partes, menos en cuanto a la condena de su punto 1º, y, en su lugar, acoja la Corte, en decisión de instancia, lo negado por dicha sentencia condenando al demandado en las costas.

Con base en la causal primera de casación formula siete cargos:

A auxilio de cesantía se refieren los siguientes: el primero y el segundo, por haberse desconocido el derecho a la prestación, y el quinto, por no haberse computado todo el tiempo de servicio. En vista de que para la Sala prospera el primer cargo, se abstendrá de examinar el segundo, limitándose al estudio de aquél, y el quinto, que, como se dijo, contempla un aspecto distinto al que es objeto de los otros dos.

Primer cargo. Violación directa, por aplicación indebida, del artículo 251, ordinal c), en relación con el 249 del Código Sustantivo del Trabajo.

Sostiene el recurrente que la sentencia aplicó la primera de dichas normas como si en el caso de autos se tratara de una industria artesanal, para lo cual tuvo en cuenta que el demandado no ocupaba más de cinco trabajadores. Critica el concepto diciendo que no es el número de empleados lo que determina la operancia del precepto, sino el hecho de que la industria sea realmente artesanal, cuyo objeto es la producción de artículos de orfebrería y artes menores, no de los destinados al consumo, como los elaborados en su empresa por Maldonado.

Se considera:

Auxilio de cesantía.

Sobre esta petición de la demanda inicial dice el fallador que la declaración de renta y patri-

monio del demandado (fs. 13 a 19), correspondiente al año gravable de 1957, demuestra que no tuvo bajo su dependencia más de cinco trabajadores, hecho corroborado por la declaración del testigo Luis Antonio Pardo (f. 51); que tal circunstancia, conforme al ordinal c) del artículo 251 del Código, lo libra de la obligación de pagar el auxilio de cesantía.

Observa la Sala: es hecho probado en el juicio, aceptado por el Tribunal, que el actor prestó servicios personales dependientes al demandado como trabajador en una panadería de propiedad de aquél. La Corte estima que fue indebida la aplicación del artículo 251, literal c) del Código, extraño a la hipótesis que contempla el precepto, pues éste se refiere a los artesanos que, trabajando personalmente en un establecimiento, no ocupan más de cinco trabajadores permanentes extraños a su familia. Artesano, según el diccionario de la lengua, es la persona que ejercita un arte u oficio mecánico. Nada tiene que ver con esa actividad el establecimiento del demandado, dedicado a la industria panadera. No era, pues, del caso indagar para un negocio de esta especie cuál era el número de asalariados a su servicio, ya que tal factor juega para el caso específico que contempla la previsión legal citada, distinto del establecido en el proceso. Modalidad de infracción de la ley por el concepto que indica el recurrente es la de su operancia a un caso que no regula. El cargo prospera. En instancia se determinará, según las pruebas del juicio, la extensión del derecho y su cuantía.

Quinto cargo. Violación del artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo, de modo indirecto, por falta de aplicación, a causa de error de hecho, consistente en haber dado por probado que el actor sólo trabajó el tiempo aceptado por el demandado (seis años), siendo así que laboró del 19 de abril de 1946 al 6 de agosto de 1958 (12 años). A tal error llegó el Tribunal por apreciación equivocada de unas pruebas y falta de estimación de otras.

Como pruebas erróneamente apreciadas señala las declaraciones de Félix M. García y Luis Antonio Ramírez, y como prueba dejada de estimar la contestación de la demanda.

Dice el recurrente al motivar el cargo:

Desecha la sentencia la declaración del testigo García porque señala el tiempo de servicio con precisión, para lo cual se vale de teorías inaceptables sobre críticas del testimonio. Se equivoca al descubrir contradicciones entre dicho testimonio y los demás aportados al juicio al observar que éstos no dan cuenta de todo el tiempo laborado por el actor, como si fuera obligatorio que los demás declarantes hubieran prestado servicios al demandado durante doce años. También apreció mal la sentencia la declaración de Luis A. Ramírez, al decir que no había informado cuándo inició labores el demandante, punto sobre el cual el deponente es explícito al expresar que al ingresar a la panadería tenía 14 años y en 1959, cuando rindió la declaración, 27 años, La explicación es clara y sencilla, y demuestra que Cañas laboró al servicio de Maldonado 12 años.

Dejó de apreciar el Tribunal la respuesta a la demanda, en la cual se admite que el actor trabajó seis años como panadero y dos como tendero.

Se considera:

Tiempo de servicios.

Para la sentencia no se estableció en el juicio la fecha en que el actor ingresó al servicio del demandado sino la de expiración de la relación de trabajo (6 de agosto de 1958), la cual deduce de la respuesta dada por el apoderado del demandado a la afirmación contenida en el hecho 5º de la demanda inicial.

Sobre el punto examina las declaraciones rendidas por Félix M. García (f. 32), José I. Morales (f. 35), José del Carmen Parada (f. 38), Pedro E. Avila (f. 44) y Simón Bautista Ochoa (f. 47). Desecha la del primero por dos razones: porque no es posible que un hecho pretérito pueda ser recordado con tánta precisión, pues el deponente afirma en 1959 que Acevedo Cañas comenzó a trabajar el 19 de abril de 1946, y porque se contradice, pues por una parte asevera que el demandado no paga a sus trabajadores salarios y prestaciones sociales, y del otro, que laboró a su servicio seis meses de 1958, habiendo recibido el valor de sus prestaciones sociales, viendo además en la contradicción un sentimiento de parcialidad y animadversión respecto del patrono. Con relación a los demás testimonios anota que aun cuando informan que Acevedo fue trabajador de Maldonado, a ninguno le consta la fecha en que se inició la relación de trabajo.

Observa la Sala: de las dos razones que da el Tribunal para desechar la declaración de García, el recurrente ataca una solamente, guardando silencio acerca de la otra. Como se ve, la censura no abarca la estimación probatoria en su integridad sino parcialmente, motivo suficiente para mantener la conclusión del fallador, según reiterada jurisprudencia de la corporación.

Nada dice el acusador en relación con las demás declaraciones que sustentan el concepto del Tribunal *ad quem*, de manera que, aun en el supuesto de que hubiera sido equivocado su juicio al estimar la declaración de García, las demás le servirían de soporte suficiente.

No hace mérito la sentencia de la declaración de Luis A. Ramírez. Por consiguiente, el reparo de que la estimó con desacierto resulta inconducente.

Respecto de la prueba no apreciada —contestación de la demanda— se observa:

Al responder el hecho 6º, dice el apoderado del demandado, que en los últimos seis años el actor devengaba un salario de $ 2.00 al día; que Acevedo Cañas trabajó durante dos años como empleado de una tienda del demandado, y al volver a la panadería recibió sus prestaciones sociales por ese concepto. "Estos dos años deben descontarse del tiempo de servicio en la panadería que logre comprobar".

No es exacto que el fallador hubiera dejado de apreciar la respuesta de la demanda de instancia a que el cargo se refiere, pues de ella hace mérito al expresar que sería del caso no considerar las pretensiones del actor por no hallarse acreditado el tiempo de servicio, si en la contestación de dicha pieza al referirse al hecho 6º del libelo no se hubiera aceptado que "el demandante trabajó en el negocio de panadería del demandado durante los últimos seis años, con un salario de $ 2.00 más la alimentación. Esto es, el demandado acepta que Acevedo Cañas estuvo a su servicio por ese lapso con el jornal referido".

La valoración que de la confesión contenida en la contestación de la demanda inicial revela el anterior razonamiento, desautoriza la glosa de que el Tribunal erró de hecho al pasarla por alto. El yerro, de haberse producido, no sería por inapreciación de la confesión sino por haberla estimado con desacierto. No prospera el cargo.

El tercer cargo acusa violación directa del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por errónea interpretación, y el cuarto, infracción indirecta de la misma norma, por falta de aplicación, a causa de error de hecho al no dar por probado, estándolo, que el demandado dejó de pagar salarios y prestaciones al actor, de manera injustificada.

De los dos cargos es atendible el cuarto. Por tal motivo la Sala se abstendrá de examinar el tercero.

El error de hecho que acusa el cuarto se produjo por no haber estimado la sentencia las pruebas que indica el recurrente, entre otras, la respuesta a la demanda en el pasaje en que ésta acepta haber sido citado el demandado por el actor a la Inspección del Trabajo, y no haber llegado a ningún acuerdo al ofrecerle $ 500.00 para cancelar las deudas a su favor.

Se considera:

Al contestar el hecho 7º de la demanda dijo el personero de Maldonado: "No es cierto". Fue su mandante quien llamó a arreglo amigable a Acevedo Cañas sobre pago de sus prestaciones, ofreciéndole $ 500.00. Aún más: "Acevedo Cañas demandó a mi poderdante ante la Oficina del Trabajo, y allí le liquidaron las prestaciones en la suma de $ 368.00, que también se ha negado a recibir".

Para no dar aplicación al artículo 65 del Código, el Tribunal aduce varias razones, de las cuales se destacan las siguientes:

El demandado no obró de mala fe al no haber pagado las prestaciones que en el juicio se reclaman, porque existía la duda de si estaba o no obligado a satisfacerlas. La sanción del artículo 65 sólo es aplicable en los casos que no presenten dudas, pero no en aquéllos en que se controvierta la existencia de la obligación, "por haber incertidumbre de buena fe del patrón acerca de ella". Si se tiene en cuenta que el demandado acostumbraba pagar todos los años el valor de las prestaciones a sus trabajadores; que el demandante se retiró voluntariamente abandonando el trabajo, según varios testimonios; que Maldonado actuó con verdadera lealtad en el proceso, bien puede concluírse que obró de buena fe, quedando, en consecuencia, exonerado de la sanción.

Observa la Sala que la oferta de pago hecha por Maldonado ante el Inspector del Trabajo, destinada a cubrir las acreencias laborales del demandante, como lo admite su apoderado en la contestación del libelo promotor del juicio, es una prueba elocuente no sólo de la existencia de la relación laboral sino de su calidad de deudor de Acevedo Cañas por prestaciones sociales. El elemento de juicio en examen no fue materia de consideración por el fallador, como lo afirma el impugnante. Los argumentos que aquél aduce resultan contrarios a la convicción que fluye de la confesión que se estudia. Quien ofrece pagar deudas a su cargo ante una autoridad del trabajo, no puede abrigar dudas sobre la obligación de satisfacerlas, y quien así procede sabe con certeza cuál es la causa jurídica de que provienen.

El retiro voluntario del trabajador no autoriza al patrono para abstenerse de cancelar las deudas a su cargo, como lo ha sostenido la jurisprudencia al señalar el alcance de la norma legal, cuya violación acusa el impugnador. Por último, resulta a todas luces desacertada la consideración de que abona la buena fe del demandado el hecho de que acostumbraba pagar a sus empleados anualmente las prestaciones sociales debidas, ya que una de ellas, la cesantía, no se causa sino al terminar el contrato, siéndole prohibido al patrono (art. 254 del C. S. T.) cubrirla durante su vigencia, salvo excepciones que no juegan en el caso debatido.

El cargo prospera.

Sexto cargo. Violación indirecta de los artículos 160, 161 y 168 del Código Sustantivo del Trabajo, por falta de aplicación, proveniente de error de hecho, consistente en dar por probado que el actor no trabajó horas extras, estando demostrado lo contrario. Se deriva el error de mala estimación de unas pruebas e inapreciación de otras.

Como prueba no apreciada señala la contestación de la demanda y como erróneamente estimadas las declaraciones de los testigos José Ignacio Morales, Pedro Elías Avila y Luis Antonio Pardo.

La respuesta a la demanda —dice la acusación— admite que el horario de trabajo fue el siguiente: lunes de 2 a. m. a 4 p. m. y los restantes días de la semana de 4 a. m. a 4 p. m. El horario indicado excede la jornada máxima legal de ocho horas, de un lado, y del otro, el servicio prestado por el actor no es de los exceptuados por el artículo 161 del Código, todo lo cual demuestra el hecho relativo al trabajo suplementario realizado por el demandante.

Respecto de las declaraciones de los testigos antes citados, afirma el cargo que corroboran el horario de trabajo aceptado por la parte demandada.

Se considera:

Trabajo suplementario.

En la parte motiva de la sentencia dice el *ad quem* que es necesario remitirse a la prueba testimonial para averiguar si es verdad que el demandante laboró durante las horas a que se refiere el hecho 3º de la demanda, "es decir, desde las 2 a. m. hasta las 6 p. m., en jornada continua, salvo las interrupciones para las comidas". Analiza en seguida las declaraciones de José I. Morales, José del C. Parada, Pedro Elías Avila, Simón B. Ochoa y Luis A. Pardo, y con base en ellas manifiesta que a ninguno de los testigos le consta que el actor trabajara en horas extras diurnas o nocturnas. Agrega que como al actor le incumbe la prueba del hecho, según la jurisprudencia de que hace mérito, no puede haber condenación al pago de sobrerremuneración por horas extras.

Ninguna consideración hace la sentencia acerca de la confesión espontánea del apoderado del demandado contenida en la respuesta al libelo inicial. Sobre el punto la Sala observa: en el escrito de demanda (hecho 3º) afirma el demandante: "La jornada permanente de trabajo de Acevedo era de dos de la mañana a las seis de la tarde; durante esta jornada tenía breves interrupciones para las comidas, pero la jornada era continua". La respuesta del mandatario judicial de Maldonado fue la siguiente: "La jornada no era continua. Empezaba a las dos de la mañana el día lunes y a las cuatro los días restantes de la semana, terminando la labor en todo caso entre tres y cuatro de la tarde todos los días. Es cierto lo de las interrupciones para las comidas, y hay que agregar a ello algunos períodos de descanso".

Demuestra la confesión en examen que la jornada excedió el límite máximo de ocho horas al día permitido por la ley. Habiendo terminado siempre a la misma hora todos los días de la semana (entre tres y cuatro p. m.), puede aceptarse, con fundamento en ese dato, las tres y media como término de la jornada diaria. El número de horas de la jornada el día lunes fue de trece horas y medias, y de martes a sábado de once horas y media. Descontando hora y media para el desayuno y el almuerzo, la jornada del lunes comprendió doce horas (cuatro extras) y de martes a sábado diez horas (dos extras).

Por no haber estimado la prueba en mención, incurrió el fallador en el error de hecho que el cargo acusa. Resulta innecesario examinar si incidió en el mismo error en la estimación de la prueba testimonial, ya que con ella persigue el recurrente demostrar el hecho relativo a la prestación de trabajo suplementario.

Conviene observar que no fueron interpretadas correctamente por el *ad quem* las doctrinas jurisprudenciales que invoca, ya que se refieren a la prueba testimonial cuando es la única aportada al juicio para demostrar el trabajo en horas extras, caso muy distinto del que contempla la presente litis, ya que en éste la labor, en exceso de la jornada máxima legal, lo acredita la confesión espontánea del apoderado del demandado, de pleno valor probatorio.

El cargo prospera.

Séptimo cargo. Violación indirecta del artículo 179 del Código Sustantivo del Trabajo, por falta de aplicación, proveniente de error de hecho al no dar por probado, estándolo, que el actor laboró medias jornadas dominicales.

Incurrió el Tribunal en el error —dice el cargo— por mala apreciación de unas pruebas y por haber dejado de estimar otras.

Como pruebas apreciadas con desacierto cita las declaraciones de Morales, Parada, Avila, Ochoa y Pardo.

Sostiene el recurrente que las declaraciones demuestran el hecho de que el demandante laboró los domingos. "Incurre en grave error el Tribunal —dice— al encontrar contradictorios los testimonios porque no son exactos y calcados uno sobre otro".

La prueba no apreciada está constituída por el hecho público y notorio en Pamplona, consistente en que todas las panaderías trabajan los domingos y días festivos; que tal hecho ha debido estudiarlo el fallador para aceptarlo o rechazarlo, ya que la jurisprudencia lo admite como medio probatorio.

Se considera:

Sobre el extremo de la litis a que el cargo se refiere, expresa la sentencia:

"El actor no probó con exactitud, con precisión, el tiempo durante el cual trabajó en la panadería 'San José', de propiedad del demandado, y mucho menos probó el número de dominicales y de horas en ellos trabajados. Faltando el presupuesto del tiempo de servicio no se puede hacer cómputos de ninguna clase, siendo, en consecuencia de necesidad absolver al demandado señor Tomás Maldonado, desechando esta petición contenida en el punto quinto del libelo demandatorio".

Estudia el *ad quem* las declaraciones que el cargo estima mal apreciadas a propósito de las súplicas sobre condena al pago del recargo por trabajo nocturno y por horas extras, las cuales no demuestran —en su concepto— el tiempo de servicios. El mismo fundamento aduce para el rechazo de la remuneración por trabajo en domingos.

Debe examinar la Sala si las declaraciones acreditan el hecho que afirma el acusador.

a) *José I. Morales* (fs. 35 a 37).

Informa que trabajó en la panadería del demandado de 1950 a 1953; que Acevedo "el día domingo mojaba durante una hora".

b) *José del Carmen Parada* (fs. 38 a 40).

Prestó servicios a la panadería de Maldonado durante ocho meses. Preguntado si Acevedo trabajaba los domingos, y en caso afirmativo el número de horas, contestó: "Mientras que yo estuve trabajando los domingos atendiendo la tienda hasta las dos de la tarde".

c) *Pedro Avila* (fs. 44 a 47).

Rindió la declaración en septiembre de 1959. Dice el testigo que fue empleado de la panadería de Maldonado hace unos seis años; que Acevedo trabajaba en el establecimiento un rato los domingos, "una media hora más o menos por la mañana, y eso no todos los domingos sino de vez en cuando".

d) *Simón B. Ochoa* (fs. 47 a 49).

El deponente prestó servicios a la panadería de 1952 a 1954. Informa que Acevedo trabajaba en ella los domingos, "cuando estaba de mojador", de cuatro a seis de la tarde.

e) *Luis A. Pardo* (fs. 49 a 51).

Le fue recibida la declaración en septiembre de 1959. Dice el testigo que cuando tenía 13 o 14 años ingresó al servicio de la panadería, "y ahora tengo 27 años"; que conoció a Acevedo trabajando en el establecimiento, sin recordar el año ni el día; que el deponente fue empleado de Maldonado hasta 1950; que Acevedo trabajaba los domingos "una o dos horas por la tarde para el asunto de remojes".

Como se advierte fácilmente, no se deduce de las declaraciones cuál fue el número de horas laboradas por el actor en la panadería ni el número de domingos en que el hecho tuvo ocurencia. Tampoco hay coincidencia en qué espacio de tiempo, dentro de la vigencia del contrato, rindió la labor el demandante en el expresado día de descanso obligatorio. Basta la imprecisión en los pormenores anotados para concluír que los testimonios, por su vaguedad, son inatendibles. A lo expuesto debe agregarse que la demanda inicial no reclama remuneración por trabajo durante media jornada en dominicales sino la correspondiente a dos horas. Por tanto la cuestión no fue planteada en el juicio con la extensión que le da el recurrente en la sustentación del cargo, ni con tal latitud fue debatida en las instancias.

No es admisible el reparo consistente en que es hecho público y notorio en Pamplona el trabajo de las panaderías en domingos, ni en el juicio se alegó que revistiera esa calidad. Siendo ello así no puede sostenerse que debió llegar a conocimiento del juzgador de manera directa.

Por lo demás, en el supuesto de que las panaderías en dicha ciudad tengan actividad los domingos, de allí no se sigue que sea hecho notorio el trabajo del actor en los mencionados días.

El cargo no prospera.

Fallo de instancia.

Establecido en el juicio el contrato de trabajo, precisa determinar su duración y el salario devengado por el demadante.

Tiempo de servicios.

Admite la respuesta al hecho 6º de la demanda (f. 7) que el actor prestó servicios a la panadería en los últimos seis años. Acepta la contestación al 5º que la relación laboral terminó el 6 de agosto de 1958 por retiro voluntario del asalariado. Por tanto, con fundamento en la confesión espontánea contenida en el mencionado acto procesal, la Sala concluye que el tiempo de servicios es el que ella declara, iniciado el 6 de agosto de 1952 y terminado el 6 de agosto de 1958 (seis años). Por lo demás, es esa la duración que tuvo el contrato de trabajo para el fallo acusado.

No sobra anotar que si sobre el tiempo laborado la Sala rechazó el quinto de los cargos de la demanda de casación, así procedió en vista de que lo que en él sostiene el acusador es el hecho de que el contrato laboral tuvo una duración de doce años (de 1946 a 1958), siendo así que el admitido por el apoderado de la parte demandada en la respuesta al libelo inicial fue un tiempo menor (seis años).

Salario.

La parte demandada (respuesta al hecho 6º del escrito de demanda) admite el que afirma el actor en dicho pieza durante los últimos seis años de labores ($ 2.00 diarios). Coincide la asignación convenida por las partes con el salario mínimo legal establecido en el Decreto 3871 de 1949. Para la liquidación de las prestaciones a que haya lugar será aceptada dicha asignación, pero sólo hasta el 1º de octubre de 1956, pues conforme al Decreto 2214 de ese año el salario mínimo legal fue aumentado en proporción diversa, según el capital de la empresa o patrono. Para el Departamento de Norte de Santander, al cual pertenece la ciudad de Pamplona, lugar en que el contrato se ejecutó, el salario urbano fue fijado en la suma de $ 3.00 diarios moneda legal, para empresas de un capital hasta de $ 50.000.00 (art. 1º, literal c). A esta clasificación corresponde el establecimiento de propiedad del demandado, pues su patrimonio para el año gravable de 1957, anterior al de expiración del contrato, es inferior a la cifra ya indicada (f. 13). Se tomará el salario de $ 3.00 desde el 1º de octubre de 1956 hasta el 30 de junio de 1957, y el de $ 3.45 desde el 1º de julio de ese año hasta la fecha en que el contrato terminó (6 de agosto de 1958), de conformidad con las normas pertinentes del Decreto 118 de 1957.

Peticiones de la demanda de instancia.

Estudiará la Sala únicamente las desechadas por el Tribunal y comprendidas en los cargos que prosperan de la demanda de casación.

Auxilio de cesantía.

Tienen derecho a la prestación todos los trabajadores. Su cuantía es un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones de año (art. 249 del C. S. T.). Con todo, para determinadas empresas, entre las cuales cabe incluír la del demandado, de capital inferior a $ 20.000.00 (la de Maldonado es inferior a dicho límite), como lo demuestra el comprobante del folio 13, el importe de la cesantía es sólo de quince días de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones de año (art. 252, ibídem). Con aplicación de dichos textos y tomando en cuenta tanto el salario antes indicado como el tiempo servido (6 años) el valor del auxilio es la suma de $ 245.25.

Remuneración por trabajo en horas extras.

Las súplicas del actor solicitan la condena al pago por trabajo nocturno y por el realizado en horas extras, sin indicar si éstas comprenden el realizado en jornada diurna y nocturna o una cualquiera de las dos. Sobre el punto el cargo acogido por la Sala (sexto) no señala tampoco si las horas extras pertenecen a la etapa de trabajo diurno o nocturno.

El de la primera clase es el que se realiza de las 6 a. m. a las 6 p. m., y el de la segunda el prestado entre las 6 p. m. y las 6 a. m. (art. 160 del C. S. T.).

La jornada convenida por las partes fue parte nocturna y parte diurna. El suplementario fue rendido en jornada diurna. No hay, pues, lugar al reconocimiento de sobrerremuneración por trabajo extra nocturno.

Debe anotarse que no fue materia de ataque contra el fallo recurrido la absolución por recargo en trabajo nocturno. Aunque el acusador cita como violado el artículo 168 del Código, que establece el derecho al recargo por la labor rendida en horas nocturnas, sus argumentos censuran la decisión del fallador por no haber decretado el pago por trabajo suplementario únicamente.

La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas al día (art. 161 del Código). De ella quedan exceptuados los trabajadores que ejerciten, entre otras actividades, las discontinuas o intermitentes, conforme al artículo 162, literal c) del estatuto laboral. No se ha traído al juicio prueba demostrativa de que la labor del demandante hubiera sido discontinua o intermitente. Debe concluírse, por tanto, que las partes quedaron sujetas a la jornada máxima ordinaria de ocho horas al día. El mismo estatuto (arts. 168-2) establece un recargo del 25% sobre el valor del trabajo ordinario diurno para el prestado extra-diurno.

Está demostrado que el demandante trabajó el día lunes, durante la vigencia del contrato (6 años) cuatro horas extras, esto es, un total de 1.270. Y que en el mismo período de tiempo laboró, de martes a sábado, dos horas suplementarias, es decir, 3.180. Liquidada la remuneración con la base salarial de que se ha hecho mérito, su valor es la cantidad de $ 1.664.76.

Indemnización moratoria.

Sobre el particular la Sala se atiene a las consideraciones que expuso al estudiar el cuarto cargo. Fue acogida por el Juzgado *a quo* la súplica al pago de la indemnización por mora. Será confirmada la decisión al respecto. A ella debe observar la Corte que, teniendo como antecedente la existencia de deudas insolutas por salarios o prestaciones sociales, la sentencia de primer grado absuelve de las peticiones de la demanda por uno y otro concepto, no obstante que en su parte motiva afirma que Maldonado confesó deber a Cañas, terminado el contrato, por prestaciones, la suma de $ 500.00, que ofreció pagarle, negándose el acreedor a recibir; que ante la negativa, el deber de Maldonado era haber consignado ante la autoridad que indica el artículo 65 del Código, la cantidad expresada, al cual no dio cumplimiento. La sanción que impone esa norma se funda en dos presupuestos: existencia del contrato de trabajo y deudas insolutas a su terminación en favor del trabajador por salarios y prestaciones derivadas de aquél. Así las cosas, ha debido subordinarse la condena del Juzgado al previo reconocimiento de las obligaciones que en su concepto se hallaban insolutas al momento de la desvinculación contractual. En vista de que así no lo hizo, la resolución de que se trata será confirmada con las modificaciones a que haya lugar.

No es del caso el examen de excepciones perentorias. El demandado propuso la de prescripción, pero únicamente respecto de la petición sobre pago de la compensación en dinero por vacaciones causadas y no disfrutadas, cuestión ajena a la demanda de casación.

No hubo condena en costas en los dos grados, Acogidas parcialmente las pretensiones del actor, es el caso de imponer las costas al demandado, pero sólo en un 25%. Toma la Sala esta decisión en uso de facultades legales.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

1º Cásase la sentencia recurrida en los numemales 2º, 4º, 5º y 6º, revócase la de primer grado en su numeral segundo y confírmase la misma en su numeral primero con la modificación que resulta de lo que se dispone en el numeral 2º de esta providencia.

2º Condénase a Tomás Maldonado, mayor de edad y vecino de Pamplona, a pagar a Jesús Acevedo Cañas, también mayor y de la misma vecindad, dentro de los tres días siguientes al de ejecutoria de este fallo, lo siguiente:

a) Por auxilio de cesantía, la suma de doscientos cuarenta y cinco pesos veinticinco centavos ($ 245.25).

b) Por trabajo suplementario diurno la cantidad de un mil seiscientos sesenta y cuatro pesos setenta y seis centavos ($ 1.664.76).

c) Por indemnización moratoria la suma de tres pesos cuarenta y cinco centavos ($ 3.45) diarios, desde el 7 de agosto de 1958 hasta que verifique el pago de las deudas relacionadas en los literales a) y b).

3º Absuélvese a Tomás Maldonado de los demás cargos de la demanda.

No la casa en lo demás.

Condénase a la parte demandada en un veinticinco por ciento (25%) de las costas en las dos instancias.

Sin costas en el presente recurso.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INDEMNIZACION DEL PLAZO PRESUNTIVO. — ERROR DE HECHO EN LA ESTIMACION DE LAS PRUEBAS. — TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO. — TECNICA DE CASACION

No hay duda de que la ley permite establecer en los contratos y reglamentos de trabajo motivos especiales para la terminación unilateral del contrato, sin previo aviso. Pero es condición previa necesaria para aplicar la sanción, la observancia del respectivo procedimiento reglamentario.

No hay duda de que la ley permite establecer en los contratos y reglamentos de trabajo motivos especiales para la terminación unilateral del contrato, sin previo aviso. En efecto, y por lo que hace a esa facultad del patrono, el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, en el numeral 8º de la letra A), preceptúa:

"Son justas causas para dar por terminado, unilateralmente, el contrato de trabajo, sin previo aviso:

".....

"8º Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, de acuerdo con los artículos 58 y 60, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, siempre que el hecho esté debidamente comprobado y que en la aplicación de la sanción se observe el respectivo procedimiento reglamentario o convencional" (Se subraya).

Pero, como se desprende de la disposición transcrita, es condición previa necesaria para aplicar la sanción de despido unilateral, sin previo aviso, la observancia del respectivo procedimiento reglamentario.

Ahora bien, el reglamento de la empresa demandada, allegado por ésta a los autos, estatuye el siguiente procedimiento para la comprobación de faltas y aplicación de las sanciones, sin excluír a los trabajadores no sindicalizados:

"Artículo 85. El Jefe que aplique una sanción, la notificará, por escrito, al trabajador, declarando la falta que dé lugar a ella para que el sancionado pueda presentar los descargos del caso, y si el Jefe insiste en la sanción, podrá el trabajador apelar de ella para ante el inmediato superior del que la aplicó, quien deberá tomar su decisión a más tardar dentro de ocho días después de recibida la apelación. La decisión de ese superior, se considerará definitiva".

En el asunto de autos, no aparece que se hubiera dado al empleado la oportunidad de presentar los descargos del caso. Además, no resulta claro que el demandante hubiera cometido la falta que se le imputa, pues lo cierto es que siguió rigurosamente el orden sucesivo de los lugares que debían ser visitados. Y aunque en uno de éstos, no permaneció todo el tiempo que se había calculado, la explicación que da el actor, o sea que ya nada tenía que hacer allí, constituye motivo justificado al efecto. Y como en el informe diario correspondiente al 14 de noviembre, recibido por la empresa y acompañado por ella a la contestación de la demanda, el agente la enteró de que en esa fecha viajaba a Garagoa, no hay razón para que se estime que omitió dar cuenta de la modificación, no ya de la propia ruta, sino de la distribución del tiempo, asignado a la misma.

Por tanto, el Tribunal, al dar por demostrado que el despido del trabajador sin previo aviso, llevado a cabo con base en una causal prevista en el Reglamento de Trabajo de la empresa, se ciñó a la ley, no obstante haberse pretermitido el respectivo procedimiento, incurrió en error de hecho, que lo condujo a la violación de los

artículos 62, numeral 8º de la letra A), y 64 del Código Sustantivo del Trabajo, conforme lo alega el recurrente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., diez y ocho de octubre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Luis Alberto Bravo).

José María Velásquez Mora demandó, por conducto de apoderado, a la sociedad "Abbott Laboratories de Colombia S. R. Ltda.", con negocios establecidos en Cali y Bogotá, representada por el Gerente, señor Antonio Lattanzio, para que fuera condenada a pagarle preaviso de 45 días o en subsidio lucro cesante, indemnización moratoria, remuneración de trabajo en días domingos y de fiesta nacional o religiosa, reajuste de la cesantía y de las primas y bonificaciones, el importe del premio para el concurso de ventas, las demás prestaciones que pudieran corresponderle y las costas del juicio.

Según los hechos de la demanda, el señor Velásquez le prestó servicios continuamente a la mencionada sociedad desde el 1º de mayo de 1956 hasta el mes de noviembre del mismo año, habiendo devengado durante este tiempo, $ 3.000 por sueldo fijo, $ 5.332.59 por comisiones de ventas y $ 2.037.00 por viáticos, o sea en total la suma de $ 10.423.37; el Jefe de Propaganda de Ventas de la sociedad era, en la época de vigencia del contrato, el señor Gabriel Quintero Rubio, con oficina en Cali, y desde allí impartía instrucciones a los empleados y representantes de las demás ciudades; en Bogotá tenía la representación el señor Félix Botero, quien recibía, transmitía y hacía efectivas las órdenes de sus superiores Lattanzio y Quintero Rubio; en el mes de noviembre del año ya citado el actor se trasladó al Departamento de Boyacá con el fin de realizar ventas por cuenta de la demandada; encontrándose en Tunja recibió un marconigrama del señor Quintero Rubio, en que éste, aludiendo al concurso de vendedores, le dice que "nada ni nadie debe detenerlo para conquistar el campeonato", y como ya en Tunja nada tenía qué hacer, viajó a Garagoa y Jenesano, donde permaneció los días 14 y 15 del mismo mes; luego, siguiendo la ruta convenida, se trasladó a Guateque y otras poblaciones de Boyacá, de donde pasó a Chocontá, Pacho y Zipaquirá, y en seguida regresó a Bogotá; una vez en esta ciudad se presentó a las oficinas de la demandada, y allí el señor Botero le entregó una carta de despido, en que le da como razón para ese acto el hecho de haber salido de Tunja hacia Garagoa sin avisarle a dicho señor, a tiempo que el Jefe de Propaganda y Venta de la sociedad le había dirigido el marconigrama de que ya se dio cuenta; Botero ordenó liquidarle la cesantía y demás prestaciones, pero no así el valor del preaviso que le correspondía "por no haber precedido el desahucio que pusiera término al contrato de trabajo"; el despido se hizo efectivo inmediatamente.

En la contestación de la demanda, la empresa manifestó que la conducta del actor no fue satisfactoria, ya que no se ciñó al reglamento de trabajo, debidamente aprobado por el Ministerio del ramo, en que se impone a los representantes viajeros la obligación de seguir la ruta previamente señalada por la empresa o informar oportunamente el motivo de la variación, lo que no hizo el señor Velásquez, por lo cual incurrió automáticamente en la sanción de que trata el artículo 91, numeral e) del citado reglamento. Agrega que, por lo demás, la compañía le pagó al demandante tanto los salarios como las prestaciones a que tuvo derecho. Propuso las excepciones de carencia de acción y cosa juzgada, fundando esta última en el hecho de que el demandante, habiendo instaurado contra la compañía ante el Juzgado Sexto del Trabajo un juicio igual, desistió de él y el Juzgado así lo admitió, con costas a cargo del actor.

El Juez Quinto del Círculo Judicial del Trabajo de Bogotá, que conoció y decidió el negocio, en el numeral primero del fallo declaró próbada la excepción perentoria de carencia de acción, en lo referente a las peticiones sobre lucro cesante, remuneración de los días de descanso obligatorio y salarios equivalentes al preaviso; en el numeral segundo condenó a la sociedad demandada a pagar al actor $ 97.28 por cesantía (ordinal a), $ 61.58 por prima de servicios (ordinal b), y en el numeral tercero, el 40% de las costas.

Apelado el fallo para ante el Tribunal Superior de Bogotá por ambas partes, dicha entidad confirmó el numeral primero, modificó el ordinal a) del numeral segundo, en el sentido de condenar a la parte demandada a la cantidad de $ 85.05 por concepto del reajuste de cesantía, revocó el ordinal b) del mismo numeral segundo, y en su lugar dispuso absolver a la demandada en relación con la prima de servicios correspondiente al segundo semestre de 1956, y modificó el numeral tercero para reducir la condena en

costas de primera instancia al 20%. Sin costas en la segunda.

El demandante interpuso el recurso de casación, que concedido, admitido y tramitado en debida forma, va a decidirse, previo el estudio de la demanda que lo sustenta y del escrito de oposición.

Alcance de la impugnación.

Pretende que se case la sentencia acusada y que en su lugar se condene a la demandada "al pago de la indemnización de perjuicios por ruptura unilateral o ilegal del contrato: lucro cesante, daño emergente, igual al monto de los salarios, por el tiempo faltante para cumplir el plazo presuntivo, pedido en la demanda, subsidiario del preaviso; lo correspondiente a trabajos realizados en festivos, sin pago ni compensación en descanso, y la indemnización por no pago de salarios debidos, todo según las peticiones primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta y séptima de la demanda, folios 2 y 3 fte., cuaderno principal, continente de las actuaciones de primera y segunda instancias, aun los reajustes de los renglones liquidados en cantidades inferiores a sus valores reales".

Los cargos. Invocando la causal primera del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, formula dos cargos.

Primer cargo.

Acusa por violación indirecta de las siguientes disposiciones:

"a) Los artículos 48, hoy 1º del Decreto legislativo número 0616 de 1954, 58, 59, ordinal 9º; 60, 61, 64 del Código Sustantivo del Trabajo, por falta de aplicación, siendo aplicables al caso del pleito;

"b) Los artículos 48, hoy 1º del Decreto legislativo número 0616 de 1954 y 64 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación a los artículos 1546 y siguientes, 1609, 1613 y 1614 del Código Civil, por no haberlos aplicado;

"c) El artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, ordinal 8º, por indebida aplicación, en relación con el artículo 64, ibídem, igualmente violado éste, por inaplicación. Los artículos 109, 112 y 115 del Código Sustantivo del Trabajo, por no haberse aplicado, siendo aplicables al caso contemplado en el litigio, y deducido, con fundamento en ellos que el despido fue injustificado, y producido con violación de estas normas sustantivas, en atención a lo cual debieron decretarse las súplicas de condenación impetradas en la demanda;

"d) Los artículos 9º, 13, 14, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 37, 39, 45 del Código Sustantivo del Trabajo, y artículo 1º del Decreto-ley número 0616 de 1954, por no haberlos aplicado al caso contemplado por el litigio, siendo aplicables;

"e) Artículo 66, en relación con el artículo 62, ambos del Código Sustantivo del Trabajo, por falta de aplicación;

"f) Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por falta de aplicación, siendo aplicable;

"g) Artículos 98 del Código Sustantivo del Trabajo y 3º del Decreto-ley número 3129 de 1956, en relación a la Ley 2ª de 1958, por falta de aplicación;

"h) Los artículos 172, 173, 174 y 175 del Código Sustantico del Trabajo, y los artículos 177, 178, 179, 183 y 185 del mismo cuerpo legal, por no haberse aplicado, siendo aplicables;

"i) Los artículos 65 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con el 1º del Decreto-ley 0616 de 1954, por falta de aplicación siendo aplicables;

"j) Los artículos 58, 60, 61, 65, 172 a 185, por interpretación errónea, mediante la cual no fueron aplicados".

Dice el recurrente que la violación indirecta de las normas que cita se produjo, en cuanto a la ruptura unilateral e ilegal del contrato, a consecuencia de error de hecho consistente en la equivocada apreciación de unas pruebas y en la falta de apreciación de otras.

Como pruebas equivocadamente apreciadas señala las siguientes:

I. El documento que obra a folio 119 del cuaderno principal en el que se describe la ruta o itinerario que debía seguir el señor Velásquez desde el 13 hasta el 18 de noviembre de 1956, así: 13, 14 y 15 de noviembre, Tunja; 16, Garagoa-Jenesano; 17, Guateque; 18, Chocontá.

II. La respuesta del representante del patrono a la pregunta cuarta del pliego de posiciones que presentó la parte actora (folios 292 y 293);

III. La instrucción contenida en el cable dirigido al actor, por el Jefe de Ventas de la compañía, desde Cali (folios 193 y 348);

IV. El oficio del 17 de noviembre de 1956, en relación al contrato de trabajo (folios 122 a 124);

V. El reglamento de trabajo de la empresa, en sus artículos 72, 79, literal d); 82, literal d); 90, literal f); 91, literal e);

VI. La comunicación dirigida a Tunja por la oficina de Bogotá al señor Velásquez el 15 de noviembre de 1956.

Como pruebas no apreciadas, indica: el reglamento de trabajo, en sus artículos 84 y 85, y el informe rendido por el actor a la oficina de Bogotá el 14 de noviembre de 1956 (fol. 205).

En desarrollo de la acusación, expone, en síntesis, lo siguiente:

Que según la confesión del representante del patrono, la ruta de viaje fue elaborada por el propio agente viajero; que éste podía variarla, a condición de dar aviso oportuno a la compañía; que la ruta prefijada fue estrictamente recorrida por el demandante, quien simplemente la aceleró, pues llegó un día antes de lo previsto a Chocontá; que ello no implicaba cambio de ruta o itinerario, y, por tanto, no puede considerarse, con base en el reglamento, como falta grave, justificativa del rompimiento unilateral del contrato y del despido del trabajador, sin previo aviso; que la simple circunstancia de haber apresurado el recorrido no constituía falta contemplada en el mencionado reglamento, pero que si así fuera, habría perdido ese carácter en atención al cable dirigido al demandante por su superior inmediato, señor Quintero Rubio, cuyo texto dice: "Cali, noviembre 14 de 1956. - José María Velásquez. Hotel Americano, Tunja. Concursando decimoséptimo puesto. Recuerde nada ni nadie debe detenerlo para conquistar campeonato. Saludos. - (Fdo.) *Quintero Rubio*"; que si de conformidad con el artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo, está prohibido al trabajador disminuír intencionalmente el ritmo de ejecución del trabajo o suspender labores, *a contrario sensu*, agilizarlo, superar la tarea, resulta plausible; que no habiéndose consumado alteración o cambio en la ruta sino simple aceleración en el recorrido, autorizada ésta por quien podía hacerlo dada su posición directiva, no existía la obligación de informar a Bogotá; que ello no obstante el actor dio el correspondiente aviso a la compañía, oficina de Bogotá, el propio 14 de noviembre, mediante el informe diario; que la comunicación dirigida al demandante, no recibida por éste, en que se le solicita permanecer en Tunja para esperar allí a un señor de apellido Buenaventura, carece de importancia, ya que este señor no figuraba en el orden jerárquico de la compañía, y porque es obvio que entre tal comunicación y la que recibió anteriormente del Jefe de Ventas, el actor debía preferir la última; que el reglamento de la empresa confería al trabajador a quien se impusiera una sanción, la oportunidad de ser oído y la de apelar ante el inmediato superior, con arreglo al procedimiento previsto en los artículos 84 y 85 de dicho reglamento, procedimiento que se omitió en el caso de autos; y que, finalmente, no hay diferencia alguna entre ruta e itinerario, a cuyo efecto cita el recurrente las definiciones de algunos diccionarios y de varios lexicógrafos.

En cuanto a la petición sobre el pago de trabajo realizado en días de descanso obligatorio, sostiene el recurrente que el fallador también incurrió al respecto en error de hecho al no tener en cuenta los documentos que obran en el expediente (folios 148 a 226), en que aparecen los informes diarios rendidos por el representante viajero a su patrono, con sello y fecha puestos por éste y aportados al juicio por la sociedad demandada, en algunos de los cuales se encuentra la anotación de "festivo" durante las correrías practicadas y que comprenden el tiempo transcurrido desde julio de 1956 hasta después de la primera quincena de noviembre del mismo año, como tampoco los informes diarios, en triplicado, que obran desde el folio 7 en adelante hasta el 58, y que, presentados con la demanda, no fueron objetados. Acerca de estos últimos documentos observa el recurrente que en ellos aparecen también anotados los festivos, y que están acompañados de comprobantes de pedidos conseguidos en las correrías de modo continuo.

Concluye el recurrente que los errores de hecho por él alegados, condujeron al fallador a la violación de las normas que enuncia en el cargo, al dar por demostrado que el demandante fue despedido con justa causa y que no trabajó en días de fiesta, absteniéndose así de condenar a la sociedad demandada al pago del lucro cesante y de los salarios correspondientes a la labor efectuada en los días de descanso obligatorio.

El opositor dice que la demanda de casación no se ciñe a la técnica de este recurso extraordinario; califica como "gravísima" la falta cometida por el señor Velásquez, consistente en haberse ausentado de Tunja antes de la fecha prevista, pues de repetirse con más de 30 o 40 viajeros que la compañía tiene permanentemente circulando en el país, jamás un jefe podría saber la ubicación exacta de un subalterno, trastornándose así su organización comercial, y que por ello el artículo 91 del reglamento contempla para esa especie de faltas el despido sin previo aviso; anota que el procedimiento establecido en los artículos 84 y 85 del mismo reglamento, se

refiere a sanciones simplemente disciplinarias para el personal sindicalizado, y no para los agentes viajeros. En lo tocante a la petición sobre pago de salario en días de fiesta, sostiene que el demandante no trabajó en esos días, y que la palabra "festivo" puesta en algunos de sus reportes e informes sólo significa que se le pagó el día festivo en su forma ordinaria, en concordancia con el artículo 77 del Código Sustantivo del Trabajo; de consiguiente, estima que el fallo acusado debe mantenerse.

Se estudia el cargo.

De las numerosas disposiciones que cita el recurrente como violadas, dice que algunas de ellas lo fueron por interpretación errónea y otras por errores en la apreciación de las pruebas, esto es, indirectamente.

Reiterada jurisprudencia de casación ha enseñado que la interpretación errónea de una norma se da independientemente de toda cuestión probatoria, al paso que el error de hecho se produce por la falta de estimación de las pruebas allegadas al juicio, o por su equivocada apreciación. Se trata, pues, de dos modalidades distintas de infracción legal, y por tanto no se ciñe a la técnica de casación el proponerlas en un solo cargo. Pero como en este que se examina el ataque gira únicamente en torno a la apreciación de pruebas, la Sala limitará su estudio a este aspecto.

Sobre los dos puntos a que se concreta la acusación, indemnización por despido injusto y remuneración corrrespondiente a trabajo en domingos y días feriados, el Tribunal de segunda instancia se expresa así:

"Con la carta pasada por la demandada al demandante (fol. 14), se establece que tal contrato terminó por decisión unilateral de la empresa, basada en las razones que en dicha comunicación se dan, a saber: incumplimiento por parte del trabajador en el itinerario de rutas que se le habían señalado para la gira que estaba realizando.

"Así, es procedente analizar si la causa dada por el patrono en la mencionada comunicación era justa para que él diese por terminado unilateralmente el contrato sin previo aviso, y si dicha causa se ha demostrado en el juicio.

"A folios 318 y siguientes del expediente obra, autenticado por la División Legal del Ministerio del Trabajo, el Reglamento Interno de Trabajo de la empresa demandada, cuyo artículo 9º, sobre Obligaciones de los Representantes Viajeros (que era el cargo desempeñado por el demandante), dice en el ordinal f):

'f) Seguir la ruta que le ha indicado la empresa, y no variarla sin un motivo plenamente justificado que debe ser notificado inmediatamente al Laboratorio'.

"Y el mismo reglamento en su artículo 91 dispone:

"Son causales para el despido justificado del representante viajero, sin previo aviso, las siguientes:

"....

"e) No seguir la ruta previamente señalada por la empresa, o no informar oportunamente los motivos de las variaciones".

"En el contrato escrito de trabajo celebrado entre las partes, el señor José María Velásquez Mora declara en la cláusula cuarta (fol. 23) conocer y aceptar el Reglamento de Trabajo de la empresa, el cual considera incorporado a dicho contrato.

"De lo anterior resulta que la causal aducida por el patrono para poner término al contrato de trabajo sin aviso previo, está contemplada en el Reglamento de Trabajo, y que éste era conocido por el trabajador, por lo cual es legal dicha causal.

"Procede ahora a analizar si el demandado ha demostrado en el juicio la ocurrencia de dicha causal.

"En el hecho cuarto de la demanda se acepta que el demandante no cumplió la ruta que tenía establecida para la gira que se encontraba realizando, aduciendo como motivo para haber salido de Tunja a Garagoa sin dar aviso, el hecho de no tener nada qué hacer en el primero de los citados Municipios, y el haber recibido un telegrama que le dirigió el Jefe de Propaganda y Ventas de la firma demandada, en relación con el concurso de ventas que en ese momento se desarrollaba, en el cual le decía: 'Nada ni nadie debe detenerlo para conquistar el campeonato'.

"Fuera de esta aseveración hecha en la misma demanda, obra a folio 119 del expediente, el cuadro de itinerarios que para los días 12 a 18 de noviembre de 1956 tenía señalado el demandante, en el cual aparece que los días 12, 13, 14 y 15 debía permanecer en Tunja. Y según los documentos que obran a folios 48 y siguientes, durante el día 14 viajó a Garagoa. Con estas piezas y demás documentos relacionados con el itinerario que el demandante debía cumplir y con sus informes sobre los sitios en que se encontraba

durante tales fechas, se demuestra en forma fehaciente el incumplimiento, por parte de Velásquez, de las rutas que debía seguir en su gira, configurándose de tal manera la justa causa prevista en el Reglamento para que el patrono diera por terminado el contrato sin previo aviso, ya que el demandante no ha demostrado que hubiera variado la ruta por motivo plenamente justificado y que hubiese dado aviso inmediato al patrono, requisito que exige el mismo Reglamento para que no se genere la causal de terminación del contrato.

"El mismo demandante acepta la variación de la ruta y la justifica en el juicio con el mensaje telegráfico que se le dirigió por parte del Jefe de Ventas, diciéndole que nada ni nadie debía detenerlo para conquistar el campeonato. Mas no encuentra el juzgador en este mensaje nada distinto a una voz de aliento y de estímulo para el trabajador; de él no se desprende ninguna autorización para desobedecer las instrucciones que tenía, ni los reglamentos de la empresa a la cual prestaba sus servicios.

"Por lo tanto, encuentra esta corporación que el despido del trabajador sin previo aviso, tuvo una justa causa demostrada en el juicio y, por lo tanto, es legal.

"....

"Respecto de la petición tercera de la demanda sobre pago de remuneración correspondiente a domingos y días feriados que se dice trabajó el demandante, cabe observar que por no haberse demostrado que el señor Velásquez hubiese trabajado en tales días, no puede prosperar el cargo, por lo cual habrá de confirmarse lo resuelto por el Juez *a quo*".

Incumplimiento del reglamento por variación de ruta.

En carta de fecha 17 de noviembre de 1956 (folio 14 o 112), dirigida al señor Velásquez por el señor Félix Botero V., a nombre de "Abbott Laboratories de Colombia", éste le comunica a aquél que la compañía ha resuelto prescindir de sus servicios en esa misma fecha, y le manifiesta que la causal o motivo para esa determinación es el repetido incumplimiento de las instrucciones sobre rutas, especialmente el hecho de haber estado ausente de Tunja el día 15 de noviembre, donde debía encontrarse de acuerdo con la última que se acordó.

Como lo anota el fallador, el demandante, en la cláusula cuarta del contrato de trabajo que celebró con la empresa, declaró conocer y aceptar el Reglamento de Trabajo de ésta.

En dicho Reglamento se impuso a los agentes viajeros la obligación especial de seguir las rutas que les fuesen indicadas por el patrono, y se prohibió variarlas sin motivo plenamente justificado y notificado de inmediato a los Laboratorios.

El mismo Reglamento erigió en causal de terminación del contrato, sin previo aviso, por considerarlo como falta grave el hecho de no seguir la ruta convenida o de variarla, en casos justificados, sin hacerlo saber a la empresa.

No hay duda de que la ley permite establecer en los contratos y reglamentos de trabajo motivos especiales para la terminación unilateral del contrato, sin previo aviso. En efecto, y por lo que hace a esa facultad del patrono, el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, en el numeral 8º de la letra A), preceptúa:

"Son justas causas para dar por terminado, unilateralmente, el contrato de trabajo, sin previo aviso:

"....

"8º Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, de acuerdo con los artículos 58 y 60, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, siempre que el hecho esté debidamente comprobado y que en la aplicación de la sanción se *observe el respectivo procedimiento reglamentario o convencional*". (Se subraya).

Pero, como se desprende de la disposición transcrita, es condición previa necesaria para aplicar la sanción de despido unilateral, sin previo aviso, la observancia del respectivo procedimiento reglamentario.

Ahora bien, el reglamento de la empresa demandada, allegado por ésta a los autos, estatuye el siguiente procedimiento para la comprobación de faltas y aplicación de las sanciones, sin excluír a los trabajadores no sindicalizados:

"*Artículo 85.* El Jefe que aplique una sanción la notificará, por escrito, al trabajador, declarando la falta que dé lugar a ella para que el sancionado pueda presentar los descargos del caso, y si el Jefe insiste en la sanción, podrá el trabajador apelar de ella para ante el inmediato superior del que la aplicó, quien deberá tomar su decisión a más tardar dentro de ocho días después de recibida la apelación. La decisión de ese superior se considerará definitiva".

En el asunto de autos, no aparece que se hubiera dado al señor Velásquez la oportunidad de presentar los descargos del caso. Además, no resulta claro que el demandante hubiera cometido la falta que se le imputa, pues lo cierto es que siguió rigurosamente el orden sucesivo de los lugares que debían ser visitados. Y aunque en uno de éstos, Tunja, no permaneció todo el tiempo que se había calculado, la explicación que da el actor, o sea, que ya nada tenía qué hacer allí, constituye motivo justificado al efecto. Y como en el informe diario correspondiente al 14 de noviembre, recibido por la empresa y acompañado por ella a la contestación de la demanda (folios 100 o 205), el agente la enteró de que en esa fecha viajaba a Garagoa, no hay razón para que se estime que omitió dar cuenta de la modificación, no ya de la propia ruta, sino de la distribución del tiempo, asignado a la misma.

Por tanto, el Tribunal, al dar por demostrado que el despido del trabajador sin previo aviso, llevado a cabo con base en una causal prevista en el Reglamento de Trabajo de la empresa, se ciñó a la ley, no obstante haberse pretermitido el respectivo procedimiento, incurrió en error de hecho, que lo condujo a la violación de los artículos 62, numeral 8º de la letra A), y 64 del Código Sustantivo del Trabajo, conforme lo alega el recurrente.

Así, pues, prospera el cargo por este aspecto.

Trabajo en días de fiesta. La anotación de "festivo" que aparece en los documentos que reseña el impugnador, no demuestra por sí sola que el señor Velásquez hubiera prestado servicio a la empresa en los días de descanso legal obligatorio. De los comprobantes de pedido tampoco resulta acreditado ese hecho. Luego la acusación, en lo que a este punto se refiere, carece de fundamento.

Segundo cargo.

Como éste plantea la misma cuestión que el anterior, ya decidida, no es necesario estudiarlo.

Fallo de instancia.

El señor José María Velásquez prestó sus servicios a la sociedad "Abbott Laboratories de Colombia S. R. Ltda.", en el cargo de Representante-viajero, desde el 1º de mayo de 1956 hasta el 20 de noviembre del mismo año.

Devengó, según el dictamen pericial del folio 383, un sueldo promedio de $ 1.467.30 por mes, incluídos sueldos, comisiones y viáticos.

Mediante carta del 17 de noviembre de 1956, dirigida por el señor Félix Botero V., Jefe de la Sucursal en Bogotá (folio 112), se le comunicó al señor Velásquez que la empresa prescindía de sus servicios, a partir de la misma fecha, por haber desatendido, "en forma repetida", las instrucciones sobre las rutas que debía seguir en cumplimiento de sus funciones, y especialmente por haberse ausentado de Tunja antes del día previsto en la última ruta que se le señaló.

En la liquidación de prestaciones se señala como fecha de salida del señor Velásquez el 20 de noviembre de 1956.

La ejecución del contrato, celebrado sin fijación de término, se inició el 1º de mayo de 1956. Así, pues, el primer plazo presuntivo terminó el 30 de octubre del mismo año. Habiendo sido despedido el señor Velásquez el 20 de noviembre, cuando se había iniciado el segundo plazo presuntivo, le corresponde por concepto de lucro cesante el valor de los salarios desde el 21 de noviembre de 1956 hasta el 30 de abril de 1957, salarios que a razón de $ 1.467.30 por mes alcanzan a la suma de $ 7.385.41.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa parcialmente* la sentencia objeto del presente recurso, y en su lugar, reformando la de primer grado, condena a la sociedad "Abbott Laboratories de Colombia S. R. Limitada.", a pagar a José María Velásquez Mora la suma de siete mil trescientos ochenta y cinco pesos con cuarenta y un centavos ($ 7.385.41) moneda corriente, por concepto de lucro cesante. No la casa en lo demás.

Las costas de primera instancia se elevan a un 50% a cargo de la parte demandada.

Sin costas en el recurso.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PENSION MENSUAL DE INVALIDEZ. — REAJUSTES DE CESANTIA, AUXILIO POR ENFERMEDAD, PRIMAS DE SERVICIO Y PREAVISO. — ERROR DE VALORACION PROBATORIA DE LOS CONCEPTOS MEDICOS OBRANTES EN AUTOS

Está bien que como criterio general la clasificación de incapacidad laboral hecha por el facultativo de la empresa, al vencimiento de la obligación asistencial, deba respetarse. Pero no como cuando ocurre en el caso de autos, en que la calificación se presenta como notoriamente provisional. Es obvio pues, que en el asunto sub lite esa clasificación no era la definitiva de que trata el literal b) del artículo 217 del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto éste dispone que se haga "al terminar la atención médica...", y está visto que el propio médico patronal consideraba que la atención médica debía continuar desde el momento en que hablaba de que el tratamiento debía seguirse. Por este aspecto, pues, el ad quem incurrió en el error de valoración probatoria que el recurrente le atribuye, pues le dio a un elemento de convicción el mérito de prueba definitiva que no tiene.

Debido a lo antes expuesto, cobran indudable importancia los conceptos emitidos por los médicos oficiales que clasifican la incapacidad por invalidez del trabajador enfermo, y de modo especial el del legista que habla de "esquizofrenia paranoide crónica", pues el calificativo crónico, según el Diccionario de la Lengua Española, se aplica a las "enfermedades largas o dolencias habituales"; y conocidos los antecedentes del sub lite, se aprecia que es ése el tipo de dolencia que aqueja al referido trabajador. De ahí que se destaque el error de apreciación del Tribunal respecto de los mencionados conceptos.

Dentro de este orden de ideas, la calificación adecuada es la de la invalidez permanente total, que da derecho a una pensión equivalente a la mitad del salario promedio mensual del último año, hasta por treinta (30) meses y mientras la invalidez subsista. Es decir, el derecho reconocido por el a quo. Por este aspecto, pues, el cargo prospera.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., octubre treinta y uno de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C.).

Ante el Juzgado del Trabajo de Cúcuta y por medio de apoderado, Gilma Rodríguez Hernández, como curadora de su hijo Luis Hernández Cardona, instauró juicio ordinario laboral contra la empresa "Colombian Petroleum Company", a fin de que ésta fuese condenada a pagar lo siguiente: auxilio de invalidez permanente total a partir del 24 de febrero de 1958, fecha en que la compañía citada dio por terminado el contrato de trabajo; indemnización moratoria, a razón de $ 16.05 diarios, desde la fecha de retiro del trabajador hasta cuando se efectuó el pago del auxilio reclamado y, por último, las costas del juicio.

Los hechos que dieron origen a las peticiones de la demanda fueron relatados así:

"1º El señor Hernández Cardona ingresó al servicio de la 'Colombian Petroleum Company' el día 8 de abril de 1957, enganchado como Tornero A, y con un salario de catorce pesos con treinta centavos ($ 14.30) al día.

"2º El día 15 de julio de 1957 el señor Hernández Cardona fue internado por cuenta de la 'Colombian' en el Instituto Psiquiátrico 'San Camilo', de la ciudad de Bucaramanga, por dar señales de enajenación mental.

"3º La 'Colombian' le prestó a Hernández Cardona asistencia médica, farmacéutica y clínica durante seis meses, vencidos los cuales manifestó a los Directores del Instituto que la empresa no seguía haciéndose cargo de su tratamiento, motivo por el cual Hernández Cardona fue trasladado a la sección de caridad del Instituto.

"4º El Director del Departamento Médico de la 'Colombian' en carta dirigida a la Dirección del Instituto, fechada a mediados del mes de febrero próximo pasado, manifestó que la compañía había tomado esa determinación y la de dar por terminado el contrato de trabajo con Hernández, en vista de que en el término de seis meses su curación 'no fue posible ni parece que lo sea'.

"5º Dado de baja por cuenta de la 'Colombian', el señor Hernández Cardona continúa recluído, sin solución de continuidad, en el servicio de caridad del Instituto 'San Camilo', en condiciones de salud cada vez más precarias.

"6º La enfermedad que padeció y sufre actualmente Hernández Cardona es una esquizofrenia paranoide crónica, psicosis de imposible curación.

"7º Esta enfermedad y la reclusión y tratamiento consiguientes incapacitan a Hernández Cardona para procurarse cualquier remuneración, por lo cual debe reconocérsele y pagársele el correspondiente auxilio de invalidez.

"8º De acuerdo con la doctrina general del Departamento Nacional de Medicina e Higiene Industrial y la particular sentada al absolver la consulta que se le formuló sobre el caso concreto de Hernández Cardona, la esquizofrenia paranoide crónica ocasiona una invalidez permanente total que da derecho a las prestaciones establecidas en los artículos 227, 277 y 278 del Código Sustantivo del Trabajo.

"9º La 'Colombian Petroleum Company' se encuentra en mora injustificada de pagar el auxilio de invalidez correspondiente al señor Hernández Cardona.

"10. A partir del 1º de julio de 1957 el salario de Tornero A fue elevado a la suma de diez y seis pesos con cinco centavos ($ 16.05), así: salario inicial $ 13.25 y $ 2.80 por concepto de primas de carestía y alojamiento o arrendamiento, diarios.

"11. El capital de la 'Colombian Petroleum Company' asciende a más de ochocientos mil pesos ($ 800.000.00).

"12. El Juzgado Civil 2º del Circuito de Bucaramanga, en sentencia ejecutoriada, declaró en interdicción al señor Hernández Cardona y le nombró como curadora a su madre natural, Gilma Rodríguez Hernández, quien tomó posesión de dicho cargo, se le discernió y se le autorizó para ejercerlo.

"13. Hernández Cardona ingresó a la 'Colombian' en perfectas condiciones de salud, tal como consta en el examen médico de enganche que se le practicó".

Como fundamentos de derecho fueron citados los artículos 65, 277, 278 y 284 del Código Sustantivo del Trabajo, y el 74 y siguientes del Código de Procedimiento Laboral.

La empresa demandada, por intermedio de su representante legal, dio respuesta a la anterior demanda oponiéndose a las reclamaciones formuladas. En cuanto a los hechos, admitió los relacionados del 1º al 6º, así como el 11 y 12 y el 10 parcialmente, y negó el 7º, 9º y 13 con diversas aclaraciones.

El Juzgado del conocimiento dirimió la litis en fallo de fecha 2 de febrero de 1960, cuya parte resolutiva reza:

"1º Condenar a la 'Colombian Petroleum Company', sociedad representada legalmente por el doctor Rafael Espinosa, a pagar a la señora Gilma Rodríguez Hernández, en su calidad de curadora del interdicto señor Luis Hernández Cardona, lo siguiente:

"a) Una pensión mensual de invalidez a partir del 24 de febrero de 1958, por valor de doscientos veintisiete pesos con cincuenta y cinco centavos ($ 227.55), hasta por treinta (30) meses y mientras la invalidez subsista.

"b) Por concepto de reajuste del auxilio de cesantía la suma de treinta y ocho pesos con veintisiete centavos ($ 38.27).

"c) Por concepto de reajuste de auxilio por enfermedad la cantidad de cuatrocientos cincuenta y nueve pesos con ochenta y un centavos ($ 459.81).

"d) Por concepto de reajuste de príma de servicios la suma de veintiséis pesos con veinticinco centavos ($ 26.25).

"e) Por concepto de reajuste de preaviso la cantidad de veintiséis pesos con veinticinco centavos ($ 26.25).

"2º Condenar a la misma sociedad a pagar como indemnización por falta de pago al actor la suma de once mil ciento cincuenta y cuatro pesos con setenta y cinco centavos ($ 11.154.75); más diez y seis pesos con cinco centavos ($ 16.05) diarios, contados a partir de mañana, por cada día de retardo en pagar las prestaciones y condenas aquí reconocidas.

"3º Condenar en costas a la 'Colombian Petroleum Company' ".

De la decisión de primer grado apeló el apoderado judicial de la sociedad demandada, y la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito

Judicial de Pamplona desató el recurso de alzada mediante sentencia de fecha 14 de julio de 1960, en la siguiente forma: revocó las condenas impartidas por pensión mensual de invalidez e indemnización moratoria; confirmó lo atinente a las condenas por reajustes de auxilio de cesantía y enfermedad, prima de servicios y preaviso, y no impuso costas de segunda instancia.

Contra el fallo del *ad quem* interpuso el recurso extraordinario de casación el mandatario judicial de la parte actora, el que fue admitido y tramitado en legal forma por esta Sala de la Corte, y pasa a decidirlo previo examen de la demanda sustentatoria que contiene tres cargos. Se presentó escrito de oposición.

Alcance de la impugnación:

Aspira el recurrente a que se case la sentencia recurrida y a que se confirmen las condenas proferidas por el Juzgado del conocimiento por conceptos de pensión de invalidez y de indemnización moratoria.

Motivos de casación:

Con fundamento en la causal primera del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, el impugnador presenta tres cargos. Por razones de método la Sala comenzará por examinar el tercero.

Tercer cargo.

El casacionista sostiene en este cargo violación, por aplicación indebida, de los artículos 63 en su numeral 5º del aparte a), 65, 217 y 278 del Código Sustantivo del Trabajo, a causa de errores de hecho y de derecho en la apreciación de determinadas pruebas y en la falta de apreciación de otras, lo cual indujo al sentenciador a negar la pensión de invalidez y la sanción por salarios caídos. Es decir, hay un planteamiento dividido en dos aspectos: por pensión de invalidez proveniente de incapacidad permanente total y por indemnización moratoria, cada uno de los cuales examinará por separado esta Superioridad.

Pensión de invalidez. Sobre el particular se observa lo siguiente:

a) La parte recurrente hace hincapié en los razonamientos del Tribunal de que el demandante Luis Hernández Cardona sufrió solamente una disminución del 50% en su capacidad para trabajar, proveniente de la enfermedad padecida de "esquizofrenia paranoide", cuando ha debido llegar a conclusión demostrada en el juicio de que dicha incapacidad ha debido catalogarse como permanente total. Que a esta conclusión llegó el sentenciador habiendo tenido solamente en cuenta el certificado expedido por el médico particular de la empresa, quien además no precisa la enfermedad que padece el trabajador sino que habla de un "pronóstico reservado", agregando que el enfermo deberá continuar en tratamiento.

b) Que el mencionado certificado médico indujo al Tribunal a dar por demostrado que la disminución de la capacidad laboral del demandante fue de un 50%, en sentido contrario al concepto emitido por el Instituto Psiquiátrico "San Camilo", de la ciudad de Bucaramanga, en el que se calificó que la "esquizofrenia paranoide crónica" es incurable y, por ello, mal puede hablarse de tal grado de disminución de capacidad laboral en una persona que sufre de enajenación mental. Igualmente sostiene el impugnador que el Tribunal apreció indebidamente los certificados de la División de Medicina del Trabajo y del Médico Legista de Bucaramanga, y agrega que hubo error de hecho y de derecho en la apreciación de esas pruebas.

Consideraciones de la Corte:

Acerca de los problemas que el cargo suscita y que la Sala debe resolver, conviene hacer las siguientes reflexiones:

1ª Las partes están de acuerdo en que el trabajador Hernández Cardona padece de una enfermedad mental, y que ésta fue tratada por la empresa como no profesional durante los seis meses que ordena la ley.

2ª Al finalizar los seis meses de tratamiento médico la empresa demandada dio por terminado el contrato de trabajo, y resolvió no seguir atendiendo por su cuenta al trabajador enfermo. Pero poco antes del despido, el médico tratante se dirigió a la empresa conceptuando que la enfermedad era de "PRONOSTICO RESERVADO" (mayúsculas del facultativo), que había necesidad de prolongar el tratamiento por existir la posibilidad de "restablecimiento completo", y agregando que "su capacidad laboral en la actualidad está disminuída en un cincuenta por ciento, pero pienso que sea susceptible de recuperarse más".

Sobre este último punto radica la discrepancia de las partes, ya que la empresa se atiene a la clasificación del 50% de incapacidad y, de otro lado, la recurrente sostiene que deben apli-

carse los dictámenes oficiales expedidos por la División de Medicina del Trabajo del Ministerio del ramo y de la Oficina Médico-Legal de Bucaramanga, que hablan de paranoide crónica que produce una invalidez total permanente.

Es de observar que el trabajador enfermo permaneció recluído en el Instituto Psiquiátrico "San Camilo", de Bucaramanga, tanto durante el tiempo en que fue atendido por cuenta de la empresa como posteriormente en que fue tratado de caridad y se produjo el dictamen del médico legista.

Así las cosas, la Sala considera lo siguiente:

a) Que el concepto emitido por el médico de la empresa al término de los seis (6) meses de tratamiento tiene un carácter provisional que en modo alguno puede considerarse como definitivo, pues en él se dice que "es necesario prolongar el tratamiento por un tiempo mayor...". De suerte, pues, que la disminución de capacidad laboral fijada en un 50% en ese momento era transitoria, no sólo por lo que antes se ha expresado sino porque, además, con la continuación del tratamiento, el médico afirmaba que podría llegarse a un "restablecimiento completo".

b) Sin embargo, la realidad probatoria demuestra palmariamente que los cálculos del médico de la empresa resultaron infundados, ya que no obstante que el enfermo continuó recluído en el Instituto Psiquiátrico donde había venido siendo tratado, su dolencia no mejoró sino que, por el contrario, empeoró, derivando hacia una invalidez permanente total (conceptos de folios 12 y 47 del primer cuaderno).

Por lo anotado anteriormente, no es aceptada la apreciación del Tribunal, glosada por el recurrente, cuando dice:

" 'Dicho concepto médico, para esta Sala, es el que debe predominar y tenerse como el verdadero indicador del estado de salud que para esa época presentaba el trabajador, sencillamente porque quien lo dio estuvo en permanente contacto con el enfermo, y, por lo tanto, podía deducir, a través de la observación directa y real, las diversas manifestaciones de la enfermedad y determinar la incapacidad resultante de la psicosis padecida por aquél' ".

Está bien que como criterio general la clasificación de incapacidad laboral hecha por el facultativo de la empresa, al vencimiento de la obligación asistencial, deba respetarse. Pero no como cuando ocurre en el caso de autos, en que la calificación se presenta como notoriamente provisional. Es obvio, pues, que en el asunto *sub lite* esa clasificación no era la definitiva de que trata el literal b) del artículo 217 del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto éste dispone que se haga "al terminar la atención médica...", y está visto que el propio médico patronal consideraba que la atención médica debía continuar desde el momento en que hablaba de que el tratamiento debía seguirse. Por este aspecto, pues, el *ad quem* incurrió en el error de valoración probatoria que el recurrente le atribuye, pues le dio a un elemento de convicción el mérito de prueba definitiva que no tiene.

Debido a lo antes expuesto, cobran indudable importancia los conceptos emitidos por los médicos oficiales que clasifican la incapacidad por invalidez del trabajador enfermo, y de modo especial el del legista que habla de "esquizofrenia paranoide crónica", pues el calificativo crónico, según el Diccionario de la Lengua Española, se aplica a las "enfermedades largas o dolencias habituales"; y conocidos los antecedentes del *sub lite*, se aprecia que es ése el tipo de dolencia que aqueja a Hernández Cardona. De ahí que se destaque el error de apreciación del Tribunal respecto de los mencionados conceptos.

Dentro de este orden de ideas, la calificación adecuada es la de la invalidez permanente total, que da derecho a una pensión equivalente a la mitad del salario promedio mensual del último año, hasta por treinta (30) meses y mientras la invalidez subsista. Es decir, el derecho reconocido por el *a quo*. Por este aspecto, pues, el cargo prospera.

Indemnización moratoria. Afirma el recurrente que por este concepto la empresa demandada ha debido ser condenada, pues está suficientemente comprobada su mala fe. Sin embargo, observa la Sala que el único punto en que prácticamente las partes se distanciaron fue en el relativo a la calificación de la pensión de invalidez, ya que las otras prestaciones fueron canceladas oportunamente. Se trata, pues, de una diferencia en la clasificación científica de la dolencia padecida por Hernández Cardona.

De las pruebas que cita el recurrente como justificativas de la sanción moratoria, y que ha tenido oportunidad de analizar la Sala, no se ha encontrado renuencia de la empresa al cumplimiento de la ley ni se ha configurado el evidente error de hecho que alega el impugnador. En este aspecto el cargo no prospera.

Primero y segundo cargos.

No hay necesidad de estudiarlos, de conformidad con el artículos 538 del Código Judicial,

ya que persiguen la misma finalidad del que ha prosperado, pues las disposiciones que se consideran infringidas son las mismas, o sea, los artículos 63, 217 y 278 del Código Sustantivo del Trabajo. Es de observar que en el tercer cargo es donde se acusa el artículo 65, ibídem, pero, como ya se vio, esta acusación no fue acogida.

En mérito de las consideraciones precedentes, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa parcialmente* el fallo recurrido en cuanto absolvió por pensión de invalidez y, en su lugar, obrando como Tribunal de instancia, *confirma* la condena que por tal concepto profirió el *a quo*, según lo expresado en la parte motiva de esta providencia. *No lo casa en lo demás.*

Sin costas en el recurso.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REAJUSTE DE SALARIOS. — REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD. — DESGLOSE DE DOCUMENTOS. — DOCUMENTOS PUBLICOS. — FUNCIONES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — RECURSO DE CASACIONES Y EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD. — CONTRATO DE TRABAJO CON PROFESORES OFICIALES. — TECNICA DEL RECURSO DE CASACION

1. Las acciones contra las entidades de derecho público no pueden promoverse sino consumado el rito gubernativo o reglamentario correspondiente, conforme a lo dispuesto en el artículo 6º del estatuto procesal del trabajo.

Se trata de un requisito de procedibilidad, o sea, un supuesto previo del procedimiento. Constituye un hecho anterior a la promoción del juicio; la prueba de su ejecución debe acompañarse a la demanda. En el asunto litigioso no se procedió en tal forma. El comprobante de la actuación administrativa previa se adujo en el término probatorio del juicio, admitiéndose el libelo inicial sin el lleno de tal exigencia. No fue, pues, satisfecha en la oportunidad debida sino con posterioridad a la formación de la relación procesal. De lo anotado se desprende que fue irregular la actuación cumplida en primera instancia, pero, configura un vicio de actividad que, sin embargo, no eliminó el cumplimiento de la carga por la parte actora, el defecto es irrelevante en casación. Distinta sería la consecuencia si en vez del cumplimiento tardío de la formalidad, se hubiera prescindido de ella en absoluto.

2. Es cierto que, conforme al artículo 363 del Código Judicial, es la persona que presenta al juicio un documento, cuando no es constitutivo de obligaciones, quien puede pedir el desglose y obtener su entrega. No autoriza el texto de la norma para sostener que el desglose no pueda decretarse a instancia de una autoridad judicial, como sucedió en el asunto litigioso. Sobre el punto la Sala de Negocios Generales de la Corte tiene recibida esta doctrina: "No se ve qué inconveniente pueda existir en que el desglose se pida por conducto de otro Juez, ante quien se desea presentar los documentos como prueba, ya que esa circunstancia no le arrebata la libertad al primer funcionario para decidir si decreta o no el desglose, según lo que la ley le indique. Para obrar así no se requiere disposición expresa que autorice el procedimiento. La ley no es casuista. Limítase a dar normas generales, dentro de las cuales corresponde al Juez definir los casos particulares, con criterio de amplitud dentro del marco de la legalidad, despejando el procedimiento, cuando de ritualidades se trate, de vanas fórmulas que no corresponden a verdaderas necesidades de orden, de claridad y de justicia en el juicio". (Auto de junio 10, XLIX, pág. 705).

Si el desglose de documentos puede pedirse por decreto judicial en el proceso civil, con mayor razón en el laboral, ya que el Juez de éste, en la formación del material de conocimiento, goza de mayor amplitud, pues está investido de poderes para el descubrimiento de la verdad real y no simplemente formal. En tal virtud tiene facultad para decretar pruebas de oficio, sin la restricción que a una actividad de esta clase ofrece en el proceso civil el principio dispositivo.

3. Los actos de voluntad de la administración pública, creadores de situaciones jurídicas impersonales o individuales y concretas, son solemnes, pues de ellos debe dejarse testimonio escrito. El documento es, pues, condición de su existencia.

4. Sobre la base de que quien debió expedir la copia del acto administrativo creado por la Junta Nacional del Escalafón era el Secretario o el depositario de sus documentos, y no un empleado del orden departamental, es evidente que atribuirle valor de plena prueba entraña error de derecho, porque para estimar el instrumento

público se requiere que la copia la expida funcionario competente, en ejercicio de sus funciones, por mandato del Juez si se aduce dentro del término probatorio del juicio, que es el mecanismo procesal establecido para el caso (arts. 1758 del C. C. y 632, 636 del C. J.).

5. Debe observar la Sala que la ley orgánica del recurso impone al recurrente la carga de individualizar la disposición que estime infringida, la cual no queda satisfecha con indicar todos los preceptos de un decreto. En esta actividad la Corte no puede suplir al impugnante, haciendo la investigación de cuál es la norma de las que integran el estatuto la que pueda resultar violada por la decisión recurrida.

6. Como observación fundamental debe hacer la de que la acusación en su desarrollo ofrece el defecto consistente en predicar quebranto de unos mismos textos legales por dos conceptos distintos: aplicación indebida e interpretación errónea, de manera directa. Cada una de esas modalidades tiene significación distinta, por lo cual es ineficaz atacar en un solo cargo unas mismas disposiciones legales por el doble concepto indicado. Se presenta la aplicación indebida cuando entendida rectamente una norma, sin que medien errores de hecho o de derecho, se la aplica a hecho probado pero que ella no regula, o cuando se la aplica a un hecho probado llegando a consecuencias jurídicas contrarias a las queridas por la ley; o cuando se da como probado un hecho alegado como básico, sin haber tenido ocurrencia, o viceversa, y sobre esa base se aplica la respectiva disposición legal, a un hecho inexistente o deja de aplicarse a un hecho existente. La interpretación errónea de la ley proviene del equivocado concepto que se tenga de su contenido, con independencia de toda cuestión de hecho.

Como se ve, el error in iudicando en las dos hipótesis, es distinto. No se trata de nociones simplemente conceptuales sino de manifiesta objetividad, que el raciocinio puede descubrir mediante el examen de la actividad intelectual del fallador en el análisis que haga de los preceptos de la ley en el caso concreto sometido a su consideración.

Por lo demás, la ley orgánica del recurso, al establecer las condiciones de forma de la demanda de casación (art. 90 del C. P. L.), separa los tres motivos de la causal primera, de lo cual ha deducido la jurisprudencia, tomando en cuenta la significación que ella y la doctrina les han dado, que deben ser alegados independientemente.

7. La Carta Política le señala al órgano jurisdiccional dos funciones distintas: la de administrar justicia, que en las relaciones jurídicas de derecho privado atribuye a la jurisdicción ordinaria, ejercida por todos los órganos de la jerarquía judicial, entre los cuales figura la Corte Suprema; y la de control jurisdiccional de la ley, confiada a la Sala Plena de la Corte, conforme al artículo 214 de la Carta y leyes pertinentes. La jurisdicción de la segunda clase es extraordinaria.

La función de la Corte, en sede de casación, es distinta a la que desempeña como tribunal constitucional. La primera controla la actividad de la jurisdicción ordinaria en orden a resguardar la recta aplicación e interpretación de la ley, corrigiendo toda desviación que la aparte de su recto sentido. La segunda tiene por objeto evitar que la ley vulnere los preceptos de la Constitución Nacional, con facultad, si ello ocurre, para declarar su inexequibilidad, con la consecuencia de que la ley deja de existir. La misión de casación no tiene este alcance, pues se limita a confrontar la sentencia acusada con las normas legales pertinentes, velando por su fiel observancia, actividad que para nada influye en la existencia de la ley, pues respeta su vigencia.

Con fundamento en las consideraciones que preceden, la Sala se abstiene del estudio relativo a la inaplicabilidad del Decreto legislativo número 10 de 1958, pues su quebranto lo funda el acusador, principalmente, en violación de textos constitucionales.

Es verdad que por mandato del artículo 52 de la Carta, las normas de su título III (arts. 19 a 51) quedaron incorporadas en el Código Civil (título preliminar). Las disposiciones citadas sin perder su jerarquía, descendieron a la categoría de leyes ordinarias, y como tales su quebranto puede ser denunciado en casación. Pero para la viabilidad de un cargo en esta fase del proceso, el precepto constitucional debe tener alguna incidencia en la relación jurídica objeto del juicio, requisito que no llena la acusación.

8. El ordenamiento del artículo 215 de la Constitución establece un sistema de control judicial de la ley, distinto del instituído por el constituyente en el artículo 214. Estructura una excepción, para cuya estimación se requiere que haya sido propuesta o alegada en las instancias del juicio. No ocurrió así en el caso de autos. Se aduce por primera vez en casación, motivo suficiente para su rechazo, de acuerdo con jurisprudencias muy conocidas sobre el punto, re-

cibidas por las Salas de Casación de la Corte.

9. La Ley 6ª de 1945 (inciso 2º de su art. 29) se refiere a los servidores del ramo docente oficial y establece la forma de liquidar sus pensiones de jubilación.

La Ley 6ª de 1946, en su artículo único, aclara el anterior precepto en cuanto al tiempo que debe tomarse en cuenta para liquidar la pensión en referencia, agregando que el ordenamiento ampara a los profesores de enseñanza secundaria, universitaria y normalista, sean o no de tiempo completo, que presten o hayan prestado servicios con anterioridad a dicha Ley. Hasta aquí la aclaración. Sin embargo, el ordenamiento expresa que, para efectos de prestaciones sociales, los nombrados profesores se considerarán como trabajadores vinculados por el nexo contractual a que se refiere el artículo 1º de la Ley 6ª de 1945. Este último aparte es una disposición nueva y no simplemente aclaratoria. Desde luego, tal circunstancia no le resta valor al precepto como expresión de la voluntad legislativa. Conviene sí destacar que mediante tal previsión se incluye a los servidores del ramo docente en ella relacionados ligados a la administración por el vínculo contractual de trabajo, aunque únicamente en relación con prestaciones sociales.

El ordenamiento en examen, más que una regla de competencia, es normativo de una situación jurídica. El precepto manda regir la relación laboral entre el empleado oficial y la administración pública por el contrato de trabajo. Con todo, existe estrecha relación entre la previsión legal y la competencia, pues basta la presencia del contrato de trabajo para que de éste surja como consecuencia necesaria el fenómeno procesal de la competencia. Así las cosas, toda acción que se derive directa o indirectamente de la relación contractual de trabajo queda sometida al conocimiento de la justicia laboral.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., treinta y uno de octubre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez).

Materia del pleito.

Carmen Restrepo de Jaramillo, por medio de apoderado, promovió juicio ordinario contra el Departamento de Antioquia, representado por su Gobernador, para que por sentencia fuera condenado a pagarle los reajustes a que tiene derecho ordenados por el Decreto legislativo 0010 de 1958.

La demanda enuncia estos hechos: Carmen Restrepo de Jaramillo es institutora inscrita en primera categoría del escalafón de enseñanza secundaria, y como tal ha venido sirviendo al Departamento de Antioquia, en el ramo docente, como profesora de tiempo completo, en el Instituto Isabel la Católica, que hoy lleva el nombre de Escuela Normal Femenina de Antioquia; no obstante que el Decreto legislativo 0010 de 1958 fijó como sueldo mínimo para el profesorado de primera categoría de enseñanza secundaria la suma de $ 800.00 mensuales, la actora ha venido recibiendo del Departamento una cantidad inferior a ese mínimo, a partir de la vigencia de la citada norma legal, por lo cual le adeuda el reajuste correspondiente; está agotada la vía gubernativa, pues la petición en igual sentido, hecha al Gobernador del Departamento el 31 de agosto de 1959, no había sido resuelta a la fecha de la demanda.

La respuesta a la demanda rechaza por inexacta la afirmación sobre agotamiento de la vía gubernativa, y dice ignorar los demás hechos. Se opone a la prosperidad de aquélla, aduciendo el argumento de que las normas del Decreto 0010 de 1958 se aplican a los empleados nacionales que sirven en el magisterio oficial, de primaria y secundaria, a cargo de la Nación, pero no a los servidores departamentales, como se deduce de los considerandos y de normas del estatuto.

El juicio siguió su curso conforme al trámite legal, y fue decidido por sentencia del 10 de marzo de 1961, dictada por el Juzgado 5º del Trabajo de Medellín, por medio de la cual condena al Departamento de Antioquia a pagar a la demandante, por reajuste de salarios, la cantidad de $ 6.680.00.

Apeló la parte vencida. La sentencia decisoria del recurso de alzada, proferida por el Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, de fecha 4 de mayo de 1961, confirmó la del inferior.

Contra la anterior providencia interpuso la parte demandada el recurso de casación, que le fue concedido. Admitido aquí y debidamente preparado, ha llegado la oportunidad de decidirlo.

El recurso.

Persigue la quiebra de la sentencia del *ad quem*, la revocatoria de la de primer grado y, en su lugar, la absolución de la entidad demandada,

o la declaración de incompetencia por no haberse agotado la vía administrativa.

Formula dos cargos con base en la causal primera de casación.

Primer cargo. Violación, por aplicación indebida, del Decreto 0010 de 1958, y de los artículos 6º del Código de Procedimiento Laboral y 7º de la Ley 24 de 1947, y por falta de aplicación, los artículos 648, 632 y 610 del Código Judicial, de manera indirecta, a causa de errores de hecho y de derecho.

Expone el recurrente:

Errores de hecho. En ellos incurrió el *ad quem* por mala estimación de estas pruebas:

a) El documento del folio 34, al cual le hace decir cosa distinta de lo que expresa. Lo que aquél acredita es que la demandante prestó servicios al Departamento, como Celadora, desde el año de 1958 hasta el 19 de enero de 1960, y como profesora de tiempo completo en el Centro Educacional Femenino, desde el 20 de enero de 1960 hasta el de febrero siguiente, es decir, por un mes unos días, pero no como profesora de enseñanza secundaria durante todo el tiempo indicado en la demanda inicial, como lo sostiene el Tribunal. Según el diccionario de la lengua, celador es la persona que cela o vigila, noción distinta de la de profesora.

b) El documento del folio 29. De su texto aparece que asciende a la primera categoría en el escalafón de enseñanza secundaria, en calidad de profesora, a María del Carmen Restrepo de Jaramillo, persona distinta de "Carmen Restrepo de J.", demandante en el juicio.

Errores de derecho. De esta clase fueron los cometidos por el Tribunal en la apreciación de las siguientes pruebas:

I. Los poderes de folios 1º y 2º. Los tomó el Tribunal como documentos públicos, aceptándolos como prueba de que la actora fue profesora de primera categoría, y como tal le prestó servicios al Departamento en el Instituto Isabel la Católica.

II. El documento del folio 29. Según éste la señora Restrepo de Jaramillo fue clasificada en el escalafón de enseñanza secundaria en la categoría expresada. Se trata de copia expedida por un empleado departamental, sin sujeción al artículo 648 del Código Judicial, por lo cual carece de valor al tenor de lo dispuesto por el artículo 632, ibídem. De acuerdo con el artículo 610 de la misma obra, las pruebas deben ser apreciadas en su valor legal, y para acreditar el escalafón sólo el archivero o el Secretario de la Junta podían dar la certificación y expedir la copia, no quien aparece autorizándola, que no es el funcionario competente.

III. El documento del folio 32. Con esta prueba el fallo da por acreditado el agotamiento de la vía administrativa, dando aplicación al artículo 6º del Código de Procedimiento Laboral en relación con el 7º de la Ley 24 de 1947. La errada estimación del documento llevó al Tribunal a aplicar indebidamente dichas normas, sin discutir aquí —dice el cargo— lo que hará adelante, su inaplicabilidad al juicio. Se trata —agrega— de copia de un memorial, sin fecha, por el cual el doctor Arsecio Mejía, diciéndose apoderado de Carmen Restrepo de J., le pide a la Gobernación el reajuste del sueldo, sin que aparezca la prueba de que obraba a nombre de la actora. El memorial fue desglosado de otro juicio, procedimiento irregular, pues el desglose sólo se puede decretar de acuerdo con el artículo 363 del Código Judicial.

Los errores de hecho y de derecho enunciados —dice el recurrente— llevaron al Tribunal a aceptar que se había agotado la vía administrativa y, en consecuencia, a violar, por aplicación indebida, el Decreto 0010 de 1958 y los artículos 6º del Código de Procedimiento Laboral y 7º de la Ley 24 de 1947, y, por falta de aplicación, los demás que cita en el cargo.

Se considera:

Agotamiento de la vía administrativa.

Es cuestión que debe estudiarse de preferencia, pues las acciones contra las entidades de derecho público no pueden promoverse sino consumado el rito gubernativo o reglamentario correspondiente, conforme a lo dispuesto en el artículo 6º del estatuto procesal del trabajo.

Se trata de un requisito de procedibilidad, o sea, un supuesto previo del procedimiento. Constituye un hecho anterior a la promoción del juicio; la prueba de su ejecución debe acompañarse a la demanda. En el asunto litigioso no se procedió en tal forma. El comprobante de la actuación administrativa previa se adujo en el término probatorio del juicio, admitiéndose el libelo inicial sin el lleno de tal exigencia. No fue, pues, satisfecha en la oportunidad debida sino con posterioridad a la formación de la relación procesal. De lo anotado se desprende que fue irregular la actuación cumplida en primera instancia, pero, como configura un vicio de actividad que, sin embargo, no eliminó el cumpli-

miento de la carga por la parte actora, el defecto es irrelevante en casación. Distinta sería la consecuencia si en vez del cumplimiento tardío de la formalidad, se hubiera prescindido de ella en absoluto.

El *ad quem* halló demostrada la condición de procedibidad en examen con el memorial del folio 32, aportado al juicio por la demandante. Lo suscribe el doctor Arsecio Mejía como apoderado de la señora Carmen Restrepo de Jaramillo y María V. Molina Ospina, en Medellín, con destino al Gobernador de Antioquia. El escrito, fechado el 31 de agosto de 1959, solicita el reajuste del sueldo de las nombradas señoras con fundamento en el Decreto 10 de 1958, por haber prestado servicios al Departamento como profesoras de primera y segunda categoría, respectivamente, así clasificadas en el escalafón nacional de enseñanza secundaria. Al pie del memorial se lee lo siguiente: "Recibí el original", y a continuación un sello con la leyenda: "Gobernación de Antioquia. Secretaría General". En el centro del sello hay iniciales del nombre del empleado que recibió el original del documento. Obra al reverso del folio la nota del Secretario del Juzgado 2º del Trabajo de Medellín, en la cual expresa que el memorial fue desglosado del juicio de María V. Molina O. contra el Departamento, con transcripción del auto que ordenó el desglose.

No son aceptables las tachas que contra el documento opone el acusador.

El sello de que se hizo mérito con las iniciales del funcionario que dice haber recibido el memorial, permite suponer razonablemente que el acto se cumplió el 31 de agosto de 1959. El autor del memorial recibió poder de la señora Restrepo de Jaramillo para promover el presente juicio (f. 1º). Es presumible, por tanto, que la gestión cumplida ante el Gobernador del Departamento tuvo su asentimiento, ya que tenía por objeto el reclamo materia de la controversia. Por lo demás, si no existió el poder para la gestión, trataríase de ilegitimidad de la personería del apoderado, denunciable en la actuación administrativa. Aceptando que tuviera validez en el presente juicio, el defecto es subsanable, para lo cual basta que de los autos resulte claramente el consentimiento del interesado en el sentido de que la persona que actúa como su apoderado represente sus derechos, aunque carezca de poder, como lo previene el artículo 450 del Código Judicial, en su numeral 4º. Se debe agregar a lo expuesto que quien tiene facultad para denunciar la indebida representación es el representado, no la contraparte, y aquél ninguna objeción ha formulado al respecto.

Es cierto que, conforme al artículo 363 del Código Judicial es la persona que presenta al juicio un documento, cuando no es constitutivo de obligaciones, quien puede pedir el desglose y obtener su entrega. No autoriza el texto de la norma para sostener que el desglose no pueda decretarse a instancia de una autoridad judicial, como sucedió en el asunto litigioso. Sobre el punto la Sala de Negocios Generales de la Corte tiene recibida esta doctrina: "No se ve qué inconveniente pueda existir en que el desglose se pida por conducto de otro Juez, ante quien se desea presentar los documentos como prueba, ya que esa circunstancia no le arrebata la libertad al primer funcionario para decidir si decreta o no el desglose, según lo que la ley le indique. Para obrar así no se requiere disposición expresa que autorice el procedimiento. La ley no es casuista. Limítase a dar normas generales, dentro de las cuales corresponde al Juez definir los casos particulares, con criterio de amplitud dentro del marco de la legalidad, despejando el procedimiento, cuando de ritualidades se trata, de vanas fórmulas que no corresponden a verdaderas necesidades de orden, de claridad y de justicia en el juicio". (Auto de junio 10 de 1940, XLIX, pág. 705).

Si el desglose de documentos puede pedirse por decreto judicial en el proceso civil, con mayor razón en el laboral, ya que el Juez de éste, en la formación del material de conocimiento, goza de mayor amplitud, pues está investido de poderes para el descubrimiento de la verdad real y no simplemente formal. En tal virtud tiene facultad para decretar pruebas de oficio, sin la restricción que a una actividad de esta clase ofrece en el proceso civil el principio dispositivo.

El agotamiento de la vía administrativa no es aspecto que regule la norma procesal del trabajo que menciona el fenómeno. Es cuestión que contempla el Código Contencioso-Administrativo (art. 82 y Decreto 2733 de 1959). El parágrafo del artículo estatuye: "Se entenderá agotada la vía administrativa cuando, interpuesto alguno de los recursos señalados en los artículos anteriores (reposición, apelación) se entienden negados por haber transcurrido un plazo de un mes sin que recaiga decisión resolutoria sobre ellos".

La petición sobre reajuste del sueldo al Departamento la hizo el apoderado de la actora el 31 de agosto de 1959 y la demanda promotora del presente juicio fue presentada el 10 de noviembre de 1960. No hay constancia de que a la solicitud hubiera recaído resolución alguna. Pue-

de, pues, aceptarse que de parte de la entidad demandada hubo abstención o silencio administrativo. Por lo demás, es de suponerse una decisión negativa del Departamento, pues la respuesta a la demanda niega a la actora el derecho que reclama con el argumento de que el decreto legislativo que invoca a su favor no obliga al demandado.

De lo expuesto se sigue que no incurrió el *ad quem* en el error de derecho que el cargo le imputa por mala estimación del documento del folio 32. Del indicado error deriva violación de los artículos 6º del Código de Procedimiento Laboral y 7º de la Ley 24 de 1947. Las consideraciones que se dejan expuestas descartan el quebranto del primero de esos textos. Respecto de la infracción del segundo debe observarse que quedó tácitamente derogado por el estatuto procesal vigente, reglamentario, en su integridad, de la materia regulada en la norma de la citada Ley de 1947, como lo ha sostenido la jurisprudencia en numerosas decisiones.

En cuanto a la clasificación de la actora como profesora de primera categoría en el escalafón nacional de enseñanza secundaria, examina la Sala tanto los demás errores de derecho como los de hecho que el cargo alega.

El de hecho, consistente en la falta de identidad entre la demandante y la persona incluída en el escalafón, debe rechazarse por estas razones: la situación en referencia está contemplada como motivo de ilegitimidad de la personería en el artículo 332, numeral 3º del Código Judicial, constitutivo de excepción dilatoria. En su oportunidad no fue propuesta la excepción, ni en las instancias del juicio ha objetado el demandado falta de identidad entre la persona de la demandante y la que ha comparecido al juicio. Por lo demás se trata, en el supuesto de hallarse probado el defecto que se alega, de un vicio de actividad, sin incidencia en casación, ya que ésta se ocupa de la violación de la ley sustancial y no de la de simple procedimiento.

Otro error de hecho es la equivocada apreciación del informe del folio 34.

Suscribe el documento la Oficina de Personal del Departamento. De su texto y de la aclaración que obra al folio 39, resulta lo siguiente:

Carmen Restrepo de Jaramillo sirvió al Departamento, como Celadora, en el Instituto Isabel la Católica, en los años de 1958 y 1959, y en el de 1960, del 1º al 19 de enero, y del 20 de este mes hasta el de febrero siguiente, como profesora externa de tiempo completo en un instituto de enseñanza secundaria.

Sobre el punto dice el Tribunal: "Se demostró en el juicio que la señora María del Carmen Restrepo de Jaramillo prestó sus servicios personales a la entidad demandada como Celadora en el Instituto Isabel la Católica durante los años de 1958, 1959, 1960, con los sueldos que se determinan en el informe del Subjefe del Departamento de Personal, legible a folio 34".

No afirma el *ad quem* que la actora le haya prestado servicios al Departamento, de 1958 a 1960 como profesora de primera categoría durante el expresado lapso de tiempo, sino en calidad de Celadora. Si hay disparidad entre lo que reza el documento y la estimación del fallador, el yerro no sería el que anota el acusador, sino el de aseverar que el cargo que ejerció, por todo el tiempo indicado, fue el de Celadora, ya que ni trabajó todo el año de 1960, pues la relación de trabajo terminó en febrero de ese año, ni del 20 de enero hasta el de febrero de tal año desempeñó el oficio de Celadora sino el de profesora externa de tiempo completo en el Centro Educacional Femenino.

Los argumentos del recurrente no atacan, pues, con exactitud, la verdadera estimación del fallador. Por lo demás, si lo que se propone el cargo es demostrar que el Decreto 10 de 1958, al fijar sueldos mínimos, se refiere a servidores del ramo docente y no a funcionarios administrativos de otro orden, como los celadores, demostrando el certificado en examen que hasta el 19 de enero de 1960 el empleo desempeñado por la demandante no fue el de profesora de enseñanza secundaria, sino un empleo de naturaleza distinta, no amparado por las normas del decreto, trataríase de violación del estatuto, en la disposición pertinente, de manera directa, por aplicación indebida, no de infracción por igual concepto como consecuencia de error de hecho en la estimación de la prueba mencionada.

El informe del folio 29, de cuya mala estimación deduce el acusador error de derecho, lo suscribe un empleado de la Secretaría de Educación del Departamento. El informe inserta el texto de la Resolución número 5701 de 15 de mayo de 1957, expedida por la Junta Nacional del Escalafón de Enseñanza Secundaria. Por medio de su artículo único asciende a la señora Restrepo de Jaramillo a la primera categoría como Profesora del Grupo A, el cual comprende la especialización en matemáticas.

Dice el cargo que el indicado error condujo al *ad quem* al quebranto de los artículos 610, 648 y 632 del Código Judicial. Según el estatuto procesal del trabajo (art. 61), cuando la ley exija determinada solemnidad *ad substantiam ac-*

tus, no en podrá admitir su prueba por otro medio. Si el fallador procede contra la prohibición de la norma, incurre en error de derecho, como lo previene expresamente el artículo 87, ibídem, inciso de su numeral 1º.

Ahora bien, los actos de voluntad de la administración pública, creadores de situaciones jurídicas impersonales o individuales y concretas, son solemnes, pues de ellos debe dejarse testimonio escrito. El documento es, pues, condición de su existencia. Un acto de esa clase es la Resolución número 5701 de 1957, expedida por la Junta Nacional del Escalafón de Enseñanza Secundaria. Por tanto, la clasificación de la actora como profesora de primera categoría en el escalafón es un hecho solemne, al cual la ley le asigna el carácter de documento público, y no puede establecerse en juicio por medio distinto del de la copia del documento que lo registra.

La cuestión planteada por el recurrente se halla, por consiguiente, contemplada en la ley procesal del trabajo. En consecuencia, si por haberle dado el Tribunal a la copia del acto administrativo en referencia, expedida por funcionario incompetente, erró de derecho, no tendría éste por causa únicamente el artículo 632 del Código Judicial, sino también las disposiciones citadas del estatuto de procedimiento laboral, de aplicación preferente. Cuando el punto debatido no está reglamentado por la legislación del trabajo, tanto en su aspecto material como de derecho probatorio o procedimental, puede acudirse a otras fuentes legales, pero si aquélla lo regula, no puede dejarse de lado el ordenamiento especial del ramo para reclamar la aplicación de estatutos pertenecientes a sectores distintos del derecho.

Sobre la base de que quien debió expedir la copia del acto administrativo creado por la Junta Nacional del Escalafón era el Secretario o el depositario de sus documentos, y no un empleado del orden departamental, es evidente que atribuírle valor de plena prueba entraña error de derecho, porque para estimar el instrumento público se requiere que la copia la expida funcionario competente, en ejercicio de sus funciones, por mandato del Juez si se aduce dentro del término probatorio del juicio, que es el mecanismo procesal establecido para el caso (arts. 1758 del C. C. y 632 y 636 del C. J.). En el proceso civil sería irreprochable la glosa del recurrente, pero en el de trabajo el punto aparece legislado en las normas ya citadas del estatuto laboral, que no han sido materia de acusación.

No le dio el Tribunal a los poderes corrientes a folios 1º y 2º la calidad de documentos públicos, ni los tomó como pruebas sobre el hecho de que la actora hubiera sido incluída en el escalafón de enseñanza secundaria como profesora de primera categoría. El primer concepto no pertenece a la sentencia, y, en cuanto al segundo, la prueba de que se valió el fallador fue únicamente la obrante al folio 29, no la contenida en los poderes, a la cual se refiere para fines distintos de los que el cargo le atribuye. Se desecha, pues, el error de derecho que alega el impugnador por mala estimación de las pruebas mencionadas.

No sobra anotar que el cargo hace esta declaración en el primer párrafo de su desarrollo: "... no discuto aquí, afirma el recurrente, lo que haré en el capítulo siguiente, si el Decreto 010 es también aplicable a las empleadas departamentales de enseñanza secundaria, y en caso de serlo, si es constitucional". No obstante esa manifestación, el paso final de la acusación expresa que "los errores de hecho y de derecho enunciados llevaron al Tribunal a violar, por aplicación indebida, el Decreto 010 de 1958 y los artículos 6º del Código de Procedimiento Laboral y 7º de la Ley 24 de 1941, y, por falta de aplicación, las disposiciones que he citado".

No se avienen los dos conceptos, porque si la sentencia no ha de ser impugnada porque el Decreto 010 de 1958 resulte o no aplicable al caso *sub judice,* no era el caso de atacarla por aplicación indebida del estatuto.

Pero, aun dejando de lado el contraste entre las dos posiciones, debe observar la Sala que la ley orgánica del recurso impone al recurrente la carga de individualizar la disposición que estime infringida, la cual no queda satisfecha con indicar todos los preceptos de un decreto. En esta actividad la Corte no puede suplir al impugnante, haciendo la investigación de cuál es la norma de las que integran el estatuto la que pueda resultar violada por la decisión recurrida.

Por lo expuesto, no prospera el cargo.

Segundo cargo. El recurrente lo presenta así: "... acuso la sentencia de ser violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea de las disposiciones que citaré en este capítulo".

Como normas violadas señala las siguientes:

1. El artículo 29 de la Ley 6ª de 1945, inciso 2º, en relación con el artículo único de la Ley 6ª de 1946 y 7º de la Ley 24 de 1947, por aplicación indebida y errónea interpretación.

2. El artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, por aplicación indebida.

Como consecuencia —arguye el acusador— de haber aplicado el fallador de manera indebida las Leyes 6ª de 1945 y 6ª de 1946 y el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, y haber interpretado erróneamente el artículo 7º de la Ley 24 de 1947, si no está derogado, caso éste en el cual lo aplicó indebidamete, dejó de aplicar el artículo 2º del Código de Procedimiento Laboral.

3. El artículo 2º del Decreto 10 de 1958, por dos motivos: a) Por errónea interpretación, la cual tuvo por causa la falta de aplicación del artículo 189 de la Constitución, y de los artículos 30 y 27 del Código Civil, y b) Por aplicación indebida. Dice la acusación: "Otra confusión que llevó al Tribunal a aplicar indebidamente el Decreto 10 de 1958, el 2127 de 1945 y el artículo 32 de la Constitución, es lo dispuesto en este artículo".

La interpretación errónea del Decreto 010 de 1958, Decreto 2127 de 1945 y artículo 32 de la Constitución —dice el recurrente— llevó al Tribunal a violar, por aplicación indebida, los artículos 2º y 6º del Código de Procedimiento Laboral, pues estimó que las relaciones entre el Departamento y los profesores de enseñanza secundaria son de naturaleza laboral, asumiendo aquél la calidad de patrono.

Para demostrar las violaciones que el cargo acusa, aduce el recurrente diversos argumentos, en extensa exposición. Esta, en lo esencial, se funda en consideraciones de instancia, y, de manera especial, de orden constitucional. Estudia con detenimiento la descentralización administrativa de las entidades secundarias de derecho público, y cita en su apoyo, entre otros textos de la Carta Política, los artículos 187, 182, 190, 62, 41, 77, 189 y 5º. Sobre el tema dice el alegato en uno de sus apartes: "Los Departamentos son otra de las manifestaciones del Estado. El territorio nacional, artículo 5º de la Constitución, se divide en Departamentos, Intendencias, etc. Es inconstitucional el Decreto 10 de 1958 si señala sueldo mínimo para empleados departamentales del servicio puramente administrativo, no porque atente contra el patrimonio privado de los Departamentos, sino porque cercena su autonomía y es manifiestamente violatorio de los artículos 187 y 189, y no debe aplicarse por exigencia del artículo 215".

El detenido examen que del cargo ha hecho la Sala, le permite afirmar que gira alrededor de estos dos puntos: a) Incompetencia de la justicia del trabajo para conocer del caso litigioso, y b) Inaplicabilidad del Decreto legislativo número 10 de 1958 a los servidores departamentales del ramo docente, por lo cual la actora carece del derecho que reclama con fundamento en dicho estatuto.

Consideraciones de la Corte:

Como observación fundamental debe hacer la de que la acusación en su desarrollo, ofrece el defecto consistente en predicar quebranto de unos mismos textos legales por dos conceptos distintos: aplicación indebida e interpretación errónea, de manera directa. Cada una de esas modalidades tiene significación distinta, por lo cual es ineficaz atacar en un solo cargo unas mismas disposiciones legales por el doble concepto indicado. Se presenta la aplicación indebida cuando entendida rectamente una norma, sin que medien errores de hecho o de derecho, se la aplica a hecho probado pero que ella no regula, o cuando se la aplica a un hecho probado, llegando a consecuencias jurídicas contrarias a las queridas por la ley; o cuando se da como probado un hecho alegado como básico, sin haber tenido ocurrencia, o viceversa, y sobre esa base se aplica la respectiva disposición legal, a un hecho inexistente o deja de aplicarse a un hecho existente. La interpretación errónea de la ley proviene del equivocado concepto que se tenga de su contenido, con independencia de toda cuestión de hecho.

Como se ve, el error *in iudicando* en las dos hipótesis es distinto. No se trata de nociones simplemente conceptuales sino de manifiesta objetividad, que el raciocinio puede descubrir mediante el examen de la actividad intelectual del fallador en el análisis que haga de los preceptos de la ley en el caso concreto sometido a su consideración.

Por lo demás, la ley orgánica del recurso, al establecer las condiciones de forma de la demanda de casación (art. 90 del Código de Procedimiento Laboral), separa los tres motivos de la causal primera, de lo cual ha deducido la jurisprudencia, tomando en cuenta la significación que ella y la doctrina les han dado, que deben ser alegados independientemente.

Conviene agregar a lo expuesto:

La Carta Política le señala al órgano jurisdiccional dos funciones distintas: la de administrar justicia, que en las relaciones jurídicas de derecho privado atribuye a la jurisdicción ordinaria, ejercida por todos los órganos de la jerarquía judicial, entre los cuales figura la Corte Suprema; y la de control jurisdiccional de la ley, confiada a la Sala Plena de la Corte, con-

forme al artículo 214 de la Carta, y leyes pertinentes. La jurisdicción de la segunda clase es extraordinaria.

La función de la Corte, en sede de casación, es distinta de la que desempeña como Tribunal constitucional. La primera controla la actividad de la jurisdicción ordinaria en orden a resguardar la recta aplicación e interpretación de la ley, corrigiendo toda desviación que la aparte de su recto sentido. La segunda tiene por objeto evitar que la ley vulnere los preceptos de la Constitución Nacional, con facultad, si ello ocurre, para declarar su inexequibilidad, con la consecuencia de que la ley deja de existir. La misión de casación no tiene este alcance, pues se limita a confrontar la sentencia acusada con las normas legales pertinentes, velando por su fiel observancia, actividad que para nada influye en la existencia de la ley, pues respeta su vigencia.

Con fundamento en las consideraciones que preceden la Sala se abstiene del estudio relativo a la inaplicabilidad del Decreto legislativo número 10 de 1958, pues su quebranto lo funda el acusador, principalmente, en violación de textos constitucionales.

Es verdad que por mandato del artículo 52 de la Carta, las normas de su Título III (arts. 19 a 51) quedaron incorporadas en el Código Civil (título preliminar). Las disposiciones citadas, sin perder su jerarquía, descendieron a la categoría de leyes ordinarias, y como tales su quebranto puede ser denunciado en casación. Pero para la viabilidad de un cargo en esta fase del proceso, el precepto constitucional debe tener alguna incidencia en la relación jurídica objeto del juicio, requisito que no llena la acusación. Es cierto que el recurrente le niega facultad a la ley para imponerle obligaciones al Departamento, como las que descubre en el Decreto 10 de 1958, pero el reparo presenta una divergencia entre la Constitución y la ley, extraño a la misión de la Corte en casación. De otro lado, su inconformidad con la decisión recurrida, no radica en la oposición entre ella y preceptos de la Carta pertenecientes a su Título III, sino primordialmente entre el fallo y cánones de la Ley Fundamental relacionados con el régimen de la descentralización administrativa, del cual no se ocupa el mencionado título.

Con todo, como el fallo hace mérito del artículo 32 de la Constitución, que sí juega en casación, la Sala debe examinar el ataque que contra él presenta el recurrente por aplicación indebida. Lo funda en el hecho de que el decreto no tiene por base la norma citada, sino la contenida en el artículo 121 de la Ley Suprema. En el caso —dice el cargo— de que el Gobierno se haya equivocado acerca de la facultad de que hizo uso al expedir el estatuto de 1958, sobre fijación de sueldos mínimos a servidores del ramo docente, incluyendo a los que prestan servicios a los Departamentos, el decreto es inconstitucional porque el artículo 32 de la Carta sólo lo faculta para intervenir en la explotación de industrias y empresas, "y la educación secundaria departamental no es ni lo uno ni lo otro, y no puede entonces aplicarse el decreto por imperativo del artículo 215 de la Constitución y 5º de la Ley 57 de 1887".

Como se ve, lo que sostiene el recurrente no es la contrariedad entre la sentencia y el artículo 32 del Estatuto Fundamental como canon legal, sino entre el decreto y el artículo 32, expresando que aquél es inconstitucional por violación de éste. Aun dejando de lado el reparo, observa la Sala que el *ad quem* acude a la Ley Suprema (arts. 32, 182, 183 y siguientes) para reforzar la interpretación que hace del Decreto 10 de 1958, no como fundamento principal ni exclusivo de su decisión.

No es de recibo el argumento de que el Decreto de 1958 es inaplicable al juicio porque pugna con el artículo 215 de la Constitución. El ordenamiento establece un sistema de control judicial de la ley, distinto del instituído por el constituyente en el artículo 214. Estructura una excepción, para cuya estimación se requiere que haya sido propuesta o alegada en las instancias del juicio. No ocurrió así en el caso de autos. Se aduce por primera vez en casación, motivo suficiente para su rechazo, de acuerdo con jurisprudencias muy conocidas sobre el punto, recibidas por las Salas de Casación de la Corte.

Respecto al otro tema que la acusación plantea —incompetencia de la justicia del trabajo para conocer del juicio—, aunque el ataque del acusador presenta el mismo defecto de orden técnico de que adolece el que se deja examinado, la Corte pasa a considerarlo, por estas razones: la competencia es institución de orden público. Es una garantía social consagrada en el artículo 26 de la Carta y, por tanto, requisito indispensable para todo juzgamiento en forma legal. De ahí que el Juez tenga facultad para examinarla de oficio (art. 455 del C. J.) y para decretar la nulidad del proceso, si en éste se acredita su incompetencia.

Sobre el punto la tesis del Tribunal es la de que conforme al artículo único de la Ley 6ª de 1946, aclaratoria del inciso 2º del artículo 29 de la Ley 6ª de 1945, los profesores de enseñan-

za secundaria se hallan vinculados a la administración por contrato de trabajo. La misma vinculación existe —agrega— por mandato del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, pues la educación pública a cargo del Estado es empresa susceptible de ser manejada por un particular, évento en que el citado precepto dispone que la relación laboral entre el servidor oficial y la administración se considera regida por un contrato de trabajo.

El recurrente combate la tesis del fallador en estos términos:

La Ley 6ª de 1945 (art. 29, inciso 2º) se refiere a jubilación de los servidores del ramo docente. Aclara ese precepto el artículo único de la Ley 6ª de 1946 en varios aspectos, diciendo que dichos servidores, para efectos de prestaciones sociales, se consideran vinculados a la Administración Pública por contrato de trabajo. Como se trata de ley aclaratoria, lo que ella dispone debe entenderse en relación con la jubilación. En el supuesto de que comprenda toda clase de prestaciones sociales, no sería aplicable al juicio, porque en éste se reclaman sueldos y no prestaciones. Es cierto que el artículo 7º de la Ley 24 de 1947 incluye primas, sueldos, bonificaciones, etc., pero fue derogado por el estatuto procesal del trabajo.

Tampoco es el caso del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945. El Tribunal lo aplica indebidamente, porque la enseñanza secundaria no es institución fundada por el Departamento con ánimo de lucro, como lo pudiera hacer un particular, sino un servicio público, que presta obligatoriamente como persona de derecho público. Por el hecho de que un particular pueda fundar un establecimiento de enseñanza secundaria, como lo hace un Departamento, no se deduce que sea aplicable la norma del decreto. Lo que ésta quiso decir fue que si los Departamentos, rebasando sus funciones en relación con el servicio público a su cargo, se dedican a empresas susceptibles de ser financiadas y manejadas por particulares, sus empleados no quedaban cobijados por el fuero que la Constitución les da en su autonomía, como entidades de derecho público, pero no como comerciantes o industriales, de acuerdo con el artículo 32 de la Carta. La cuestión es a la inversa: no es que a los Departamentos les dé, al crear establecimientos de enseñanza secundaria, por invadir actividades privadas, sino que los particulares, con ánimo de lucro y para llenar los vacíos que aquéllos dejan, fundan establecimientos de esa clase, como se los permite la Constitución (art. 41). Por tanto, el *ad quem* ha debido revocar la sentencia de primer grado, y de acuerdo con el artículo 2º del Código de Procedimiento Laboral, declararse impedido para conocer del negocio, ya que no existe contrato de trabajo entre el Departamento y los profesores de enseñanza secundaria.

Observa la Sala:

La Ley 6ª de 1945 (inciso 2º de su art. 29) se refiere a los servidores del ramo docente oficial y establece la forma de liquidar sus pensiones de jubilación.

La Ley 6ª de 1946, en su artículo único, aclara el anterior precepto en cuanto al tiempo que debe tomarse en cuenta para liquidar la pensión en referencia, agregando que el ordenamiento ampara a los profesores de enseñanza secundaria, universitaria y normalista, sean o no de tiempo completo, que presten o hayan prestado servicios con anterioridad a dicha Ley. Hasta aquí la aclaración. Sin embargo, el ordenamiento expresa que, para efectos de prestaciones sociales, los nombrados profesores se considerarán como trabajadores vinculados por el nexo contractual a que se refiere el artículo 1º de la Ley 6ª de 1945. Este último aparte es una disposición nueva y no simplemente aclaratoria. Desde luego, tal circunstancia no le resta valor al precepto como expresión de la voluntad legislativa. Conviene sí destacar que mediante tal previsión se incluye a los servidores del ramo docente en ella relacionados, ligados a la administración por el vínculo contractual de trabajo, aunque únicamente en relación con prestaciones sociales.

El ordenamiento en examen, más que una regla de competencia, es normativo de una situación jurídica. El precepto manda regir la relación laboral entre el empleado oficial y la administración pública por el contrato de trabajo. Con todo, existe estrecha relación entre la previsión legal y la competencia, pues basta la presencia del contrato de trabajo para que de éste surja como consecuencia necesaria el fenómeno procesal de la competencia. Así las cosas, toda acción que se derive directa o indirectamente de la relación contractual de trabajo queda sometida al conocimiento de la justicia laboral. Se presta el canon legal para esta interpretación, frente a lo que dispone el artículo 2º del Código de Procedimiento Laboral. No resulta, pues, manifiesto el quebranto de la disposición contenida en el artículo único de la Ley 6ª de 1946.

La glosa de que el fallador infringió el artículo 7º de la Ley 24 de 1947, que el propio recurrente considera derogado por el estatuto procesal del trabajo, criterio que la Sala comparte y

se conforma a decisiones suyas al respecto, no es aceptable. Por lo demás el *ad quem* no lo tuvo en cuenta, de manera que si no operó en cuanto a la definición de la competencia, mal ha podido violarlo por aplicación indebida ni por ningún otro concepto.

El artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 establece la regla general de que las relaciones entre los empleados públicos y el Estado (Nación, Departamento, Municipio) no constituyen contratos de trabajo, a menos que se trate: a) De la construcción o sostenimiento de las obras públicas; b) O de empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o c) De instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma. En los eventos relacionados surge entre los nombrados sujetos un vínculo contractual de trabajo.

El Tribunal colocó el caso de autos dentro de la excepción prevista en el literal c) de la enumeración contenida en el párrafo anterior. Es hecho notorio en el país que al lado de los establecimientos docentes atendidos por las entidades de derecho público, existen planteles particulares de la misma clase en todos los grados de la enseñanza, como lo anota la sentencia. Luego su concepto no resulta desacertado. Los argumentos del recurrente no tienen, por consiguiente, el mérito de infirmarlo.

Sobre la base de que las relaciones laborales de que se trata no dieran lugar a un contrato de trabajo entre las partes, afirma el recurrente que el fallador quebrantó, por indebida aplicación, el artículo 2º del Código de Procedimiento Laboral, a vista del cual la jurisdicción del trabajo conoce de todo conflicto jurídico que emane directa o indirectamente del contrato laboral.

Es oportuno transcribir lo que sobre el tema dijeron los redactores del estatuto procesal: "Se atribuye a la justicia del trabajo exclusivamente el conocimiento de los litigios originados en el contrato de trabajo, de modo que se le suprime la facultad de decidir de los que se susciten entre la administración pública y sus servidores, para respetar una situación de hecho inmodificable, que obliga por ahora a conservar un fuero especial que aquélla tiene; *de modo que sólo conocerá la jurisdicción del trabajo de los litigios entre esa administración y sus trabajadores, cuando entre ella y éstos exista un verdadero contrato de trabajo*". (Subraya la Sala).

El Tribunal llegó a la conclusión, con fundamento en los textos legales de 1945 y 1946 que aplica en la sentencia, que las relaciones entre los litigantes dieron origen a un contrato de trabajo. Si el supuesto de hecho se halla contemplado en la norma de competencia contenida en el artículo 2º del Código de Procedimiento Laboral, no puede hablarse, como lo hace el recurrente, de aplicación indebida de la citada disposición.

El cargo no es viable, y se desecha.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Sin costas en el recurso.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes, José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CULPA CONTRACTUAL Y CULPA EXTRACONTRACTUAL DEL PATRONO. — FALLO INHIBITORIO Y FALLO DE FONDO. — CASOS EN QUE ES ADMISIBLE EL RECURSO DE CASACION CONTRA UN FALLO INHIBITORIO POR INCOMPETENCIA

1. Si el perjuicio se causa por hecho del patrono o de sus dependientes ajeno a la relación laboral, no es la ley del trabajo sino la pertinente del derecho común la que tutela la reclamación indemnizatoria. Examen de algunas reglas contenidas en el artículo 12 de la Ley 6ª de 1945. Se precisa el sentido del último inciso del literal b) del referido artículo 12. — 2. Casos en que no es pertinente dictar fallo inhibitorio sino decidir de fondo. Basta la invocación del contrato de trabajo como fuente de las obligaciones que se reclaman para determinar la competencia del Juez Laboral. Si de las pruebas aducidas resulta que el contrato es de naturaleza distinta, la consecuencia no puede ser una declaración inhibitoria sino el rechazo de la acción. La conclusión es la misma si la fuente es una relación no gobernada por la ley laboral. Son cuestiones distintas la competencia y el derecho cuya tutela se pretende. Cuando se trata de fallo con declaración de incompetencia, estima la Sala que debe examinar si era pertinente, pues si así no ocurre, excluírlo del recurso extraordinario implicaría la prevalencia de la forma sobre el fondo. Si la decisión acusada termina con declaración de incompetencia, no siendo el caso, es pertinente la censura en casación por la causal primera. En este evento, infirmada la sentencia, habría lugar a fallo de fondo.

1. Consideró el ad quem que la acción plenaria de perjuicios que el actor ejercita no se funda en ninguna de las dos hipótesis a que se refiere el artículo 12, literal b), inciso último, de la Ley 6ª de 1945, sino en responsabilidad civil por culpa extracontractual, evento en que la acción reparadora excluye la competencia de la justicia del trabajo para su conocimiento, dando a entender que le corresponde definirla a la justicia ordinaria civil. Por consiguiente, si el juicio del Tribunal es equivocado, como lo sostiene el recurrente, trataríase no sólo de falso entendimiento de un precepto de la ley procesal del trabajo (art. 2º), sino de infracción por igual concepto de la norma citada de la Ley 6ª de 1945.

Entiende el acusador que la norma procesal mencionada abre la puerta a la justicia del trabajo para el conocimiento de cualquier litigio, si tiene por fuente el contrato de trabajo, pero no combate la estimación de la sentencia, según la cual, si lo que se pretende es la reparación ordinaria de perjuicios por culpa extracontractual, la acción no tiene asidero en dicho contrato, aun de manera indirecta. Para la Sala no es desacertado el juicio del Tribunal. Es claro que si el perjuicio se causa por hecho del patrono o de sus dependientes, ajeno a la relación de trabajo, no tutela el derecho a la indemnización la ley del trabajo sino la pertinente del derecho común. En este evento, corresponde el conocimiento de la acción ordinaria de perjuicios a la justicia civil.

Aunque lo expuesto basta para el rechazo del cargo, conviene agregar lo siguiente: el patrono puede incurrir en culpa contractual o extracontractual. En el primer caso es responsable de la indemnización plenaria de perjuicios por virtud de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945; en el segundo, por mandato de los ar-

tículos 2341 y 2347 del Código Civil. No es una excepción al principio contenido en el artículo 11 de la Ley 6ª lo dispuesto en el 12, literal b), inciso último de esa ley, ya que el hecho determinante del perjuicio no tiene ocurrencia extracontrato, sino durante la vida de la relación laboral.

Para la mejor inteligencia del punto, conviene detenerse en el examen de algunas reglas del artículo 12 de la Ley 6ª.

En la demanda inicial fue invocada la del último inciso del literal b), de este tenor: "En los casos de enfermedad profesional y de accidente de trabajo por culpa comprobada del patrono, el valor de la indemnización se descontará de la condenación ordinaria de perjuicios".

La regla del literal a) impone al patrono la obligación de indemnizar el accidente de trabajo, y la del literal b), inciso 1º, la de indemnizar la enfermedad profesional. El importe de la prestación, en uno y otro caso, lo fijan las correspondientes tablas de valuación de incapacidades, que el Gobierno debe elaborar mientras el Congreso las adopta (incisos 2º y 3º del literal b). Se anota que las tablas fueron establecidas por el Decreto 841 de 1946, entre otros. Fijan las tablas el valor de la indemnización según el grado de incapacidad del trabajador, resultante de la enfermedad profesional o el accidente de trabajo.

Aunque la jurisprudencia ha tenido oportunidad de señalar el alcance de la disposición legal antes transcrita, no sobra indicar con precisión, por vía de doctrina, su recto sentido. La Sala la concreta así:

1º En caso de accidente de trabajo o de enfermedad profesional, la responsabilidad del patrono no se limita al pago de la indemnización tasada por la ley, sino que responde también del monto de los perjuicios causados si el accidente o la enfermedad provienen de su culpa. Sin esa advertencia podría creerse que la obligación patronal se concretaba a la reparación del perjuicio prefijado por la ley.

2º Cuando hay lugar a la indemnización ordinaria de perjuicios en el caso que se contempla, no concurre con ella la tasada por la ley, sino que del importe de aquélla debe descontarse el valor de ésta.

3º En la misma hipótesis a que alude el punto anterior, incumbe al trabajador la prueba de la culpa patronal. Si el perjuicio total tiene por causa la "culpa comprobada del patrono", es obvio que la demostración de su existencia incumba al trabajador, pues iría contra la lógica que el deudor acredite su propia culpa. Regula claramente la norma en examen la distribución de la carga probatoria. Se explica que así hubiera procedido por la circunstancia de que, cuando se trata de indemnización tasada, no entra en juego la culpa del empresario y, por tanto, pesa sobre el asalariado la carga de acreditarla, ya que la responsabilidad de aquél, en tal caso, se funda en el riesgo creado.

2. En atención a que el fallo del Tribunal no es definitivo, pues se abstuvo de decidir la litis en el fondo, hipótesis en que el recurso es inaceptable, según jurisprudencia de la corporación, debe la Sala exponer las razones que tuvo para su admisión y estudio.

El libelo inicial ejercita la acción ordinaria de perjuicios, como lo expresan las súplicas del petitum. La del literal a) solicita la condena al pago de aquéllos a causa de lesiones sufridas por el actor en accidente imputable a culpa de la entidad demandada. La del literal c) dice textualmente: "Que al fijar el monto de la indemnización se tengan en cuenta las deducciones de que habla el último inciso del ordinal b) del artículo 12 de la Ley 6ª de 1945, si fuere el caso". Hay lugar a las deducciones cuando el trabajador ha sufrido accidente de trabajo por enfermedad profesional, por lo cual debe entenderse que la pretensión del actor tiene por base la citada disposición. No lo estimó así el fallo del ad quem, pues en su opinión, la pretensión no se funda en ninguna de las dos hipótesis a que se refiere la previsión legal en cita, sino en hecho constitutivo de culpa extracontractual, evento en que la responsabilidad se rige por las normas pertinentes del Código Civil. Lo llevó a esta conclusión la circunstancia de que no encontró exacta conformidad entre la acción y la causa petendi, pues de algunos de los hechos de la demanda inicial puede deducirse que no se trata de accidente de trabajo sino de enfermedad común u ordinaria. Así las cosas, lo procedente habría sido la decisión de fondo, pues si los hechos no convienen a la acción, hay lugar a la desestimación de ésta. El fallo ha debido ser, pues, de mérito, con alcance de cosa juzgada material, y no simplemente inhibitorio, con efectos de cosa juzgada formal.

Cuando se invoca el contrato de trabajo como fuente de las obligaciones reclamadas, basta esa afirmación para determinar la competencia del Juez del Trabajo. En el presente juicio se cumplió esa exigencia. Si de las pruebas aducidas al proceso resulta que el contrato es de natura-

leza distinta (de obra, por ejemplo), la consecuencia no puede ser una declaración inhibitoria sino el rechazo de la acción. Si la fuente de ésta no es una relación jurídica gobernada por la ley del ramo sino, v. gr., la culpa aquiliana, la conclusión es la misma, como antes se anotó. Para prestar la jurisdicción no es pertinente averiguar si la acción ejercitada se la otorga al actor el derecho objetivo, a menos que la ley exija la prueba de la legitimación para obrar, como ocurre en el proceso de ejecución, donde tal requisito, como la presentación del título que demuestre la obligación con calidad de exigible, son presupuestos de admisibilidad de la demanda. Son cuestiones distintas la competencia y el derecho cuya tutela se pretende. El primer factor constituye un presupuesto del juicio, indispensable para la debida constitución de la relación procesal; el segundo, un presupuesto de la pretensión, regido por el derecho material en las acciones de condena.

Hay lugar al rechazo de la demanda por incompetencia cuando a la justicia laboral se pide la decisión de una relación jurídica, con base en fuentes distintas del contrato de trabajo, o los de otra índole adscritos a aquélla por la ley. En el supuesto de que por inadvertencia se admita la demanda y prosiga el juicio hasta la sentencia, es de recibo un pronunciamiento inhibitorio.

Cuando se trata de fallo con declaración de incompetencia, estima la Sala que debe examinar si era pertinente, pues si así no ocurre, excluírlo del recurso extraordinario implicaría la prevalencia de la forma sobre el fondo. Si la Corte se atiene a lo resuelto por el fallador, sin analizar sus fundamentos, quedaría al arbitrio de éste sustraer del recurso las sentencias que culminen con declaración inhibitoria, lo cual conduciría al quebranto de la ley.

Además, no pueden perderse de vista estas consideraciones.

En el proceso civil es motivo de casación el hecho de que "el Tribunal se abstenga de conocer de un asunto de su competencia y declarándolo así en el fallo" (art. 520, numeral 7º del Código Judicial).

En el proceso laboral no existe la misma causal de casación, pues, por regla general, excluye el recurso por vicios de actividad o errores in procedendo. Sin embargo, si la decisión acusada termina con declaración de incompetencia, no siendo el caso, es pertinente la censura en casación por la causal primera. En este evento, infirmada la sentencia, habría lugar a su resolución, esto es, a fallo de fondo, a diferencia de lo que en situación igual ocurre en el proceso civil. En éste el pronunciamiento sería rescindente, dando lugar al reenvío, ya que la Corte se limita a declarar el estado en que quede el juicio para que el segundo grado dicte nuevo fallo.

La estructura diferente que en los dos procesos tiene la cuestión en estudio y, sobre todo, sus consecuencias, impone a la casación laboral especial consideración. Si so pretexto de que no son acusables ante ella sino los pronunciamientos de fondo, se exime de revisar el juicio del ad quem, adoptando la línea de menor resistencia, esto es, la de declarar el recurso inadmisible, el comportamiento podría prestarse a la crítica de que prohija lesiones al derecho con desmedro de la justicia. En efecto, lo que las partes pretenden al solicitar la tutela judicial es una decisión jurisdiccional de mérito, no una resolución sobre el proceso, significación que tiene el fallo con declaración de incompetencia. El de esta índole deja la litis imprejuzgada, pues nada decide sobre ella. Autoriza, por tanto, la renovación del juicio, en busca de nueva sentencia definitiva, ya que la actividad realizada no alcanzó a consumar la jurisdicción. Frente a una situación como la descrita, la justicia no cumple su misión, pues dilata la decisión definitiva del litigio y grava a las partes con el aumento en los gastos. El legislador ha querido que la justicia del trabajo se administre con prontitud. La materia a ella confiada responde a exigencias de orden público, característica dominante del derecho social. A esta orientación se ajusta el reglamento del proceso laboral.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., catorce de noviembre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez).

Rafael Correa Estrada, por medio de apoderado, promovió juicio ordinario contra la entidad denominada "Empresas Públicas de Medellín", para que por sentencia fueran condenadas a pagarle: a) Indemnización ordinaria de perjuicios por las lesiones que sufrió cuando ejercía el cargo de Ingeniero de la Central Hidroeléctrica de Riogrande, imputables a culpa del patrono; b) El valor de los perjuicios morales y materiales de que trata la petición anterior en la cuantía que se determine en el juicio, o la que,

en su defecto, se fije en incidente posterior. Solicita que del monto de la indemnización plenaria se haga la deducción de que habla el artículo 12, último inciso del ordinal b) de la Ley 6ª de 1945, si fuere el caso, y asimismo la condena en costas de la parte demandada. En subsidio de la petición del literal a) pide que las Empresas sean condenadas a pagarle la indemnización por merma de capacidad laboral a causa de las lesiones y del accidente que sufrió al servicio de ellas.

En resumen, dicen los hechos fundamentales de la demanda: Rafael Correa Estrada prestó servicios personales, primero al Municipio de Medellín, en su Empresa de Energía Eléctrica, y después a la entidad autónoma "Empresas Públicas de Medellín", como Ingeniero en la Central Hidroeléctrica de Riogrande; cumplió la labor, sin solución de continuidad, desde el 23 de abril de 1952 hasta el 25 de septiembre de 1957. Devengó diversos sueldos hasta alcanzar el de $ 1.700.00 mensuales al terminar el contrato. En las horas de la noche del 27 de mayo de 1955, cuando dormía en el lugar de trabajo, sufrió la dislocación del hombro derecho. Al presentarse el accidente, el facultativo de las Empresas, doctor Iván Rendón Pizano, mediante esfuerzos bruscos y violentos, alargó el plexo braquial de la mano derecha del paciente, quien notando que no sentía dolores ni sensación en el brazo, consultó de nuevo al médico. Trasladado por orden de éste a Medellín, fue atendido por varios especialistas, y luego de un tratamiento intenso el brazo siguió atrofiado. En tales condiciones fue enviado a los Estados Unidos por cuenta del Municipio de Medellín, quien cubrió únicamente el 70% de los gastos de viaje y tratamiento, y, además, los sueldos durante el tiempo de la incapacidad. Regresó de los Estados Unidos a los tres meses, en las precarias condiciones de salud en que se había ido, no obstante lo cual continuó su trabajo al servicio del patrono, hasta el 25 de septiembre de 1957, fecha en que fue despedido por éste. La intervención y el tratamiento del médico, doctor Rendón Pizano, fue descuidado e imprudente, debido a su inexperiencia, y, por tal motivo, ha perdido su brazo derecho. El demandante es ingeniero mecánico especializado y ha ejercido destacados empleos con magnífico sueldo; ocupa una alta posición social y con los ingresos de la profesión atendía a las necesidades de su hogar. A causa de la enfermedad no puede ejercer normalmente su profesión y ha tenido que someterse a desempeñar modestos cargos con bajos sueldos. La afección al brazo derecho le ha ocasionado perjuicios de orden moral y material. Las Empresas Públicas de Medellín, patrono sustituto del Municipio del mismo nombre, son responsables de las obligaciones demandadas. El actor le solicitó a las Empresas el reconocimiento de la indemnización por merma de la capacidad laboral, reconociéndole la exigua suma de $ 5.100.00 en diciembre de 1958. También le pidió el reconocimiento de los perjuicios materiales causados por la lesión, que las Empresas le negaron por estimar que el reclamo tenía un carácter eminentemente civil.

En derecho fundó las peticiones en las Leyes 57 de 1915, 133 de 1931, 6ª de 1945 y 64 de 1946, los Decretos 800 de 1932, 2127 de 1945 y 2557 de 1946, y en los artículos 1604, 2143 y concordantes del Código Civil, y algunos acuerdos del Concejo Municipal de Medellín.

La respuesta a la demanda acepta la vinculación contractual, la sustitución patronal y la enfermedad que alega el actor, aclarando que se le presentó en su casa de habitación y que sus consecuencias no tuvieron por causa la culpa que imputa a las Empresas. Se opuso a su prosperidad y, en cuanto a excepciones, adujo las de inepta demanda, pago e inexistencia de la obligación.

El juicio siguió su curso conforme al trámite que le es propio, y terminó por sentencia del 27 de enero de 1960, absolutoria de la entidad demandada, previa declaración de no hallarse probadas las excepciones propuestas. Se abstuvo de la condena en costas.

Apelaron ambas partes. La sentencia decisoria del recurso de alzada, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, con fecha 4 de mayo de 1960, revocó la del inferior, declarando que la justicia laboral es incompetente para conocer de la acción principal. Respecto de la subsidiaria declaró probada la excepción perentoria temporal de petición de modo indebido. Tampoco hizo condena en costas.

Recurrió en casación el demandante. Concedido, admitido y tramitado el recurso en legal forma, ha llegado la oportunidad de decidirlo.

La demanda de casación.

Aspira a que la Corte case la sentencia del *ad quem* en cuanto declara la incompetencia de la justicia laboral para la definición de la litis y, en su lugar, la resuelva de fondo, condenando a las Empresas a los perjuicios reclamados por el actor, ocasionados por culpa de uno de los empleados de aquélla.

Con base en la causal primera de casación formula un solo cargo, el de violación directa,

por errónea interpretación, del artículo 2º del Código de Procedimiento Laboral y, en consecuencia, quebranto de los artículos 12 [inciso 5º, ordinal b) de la Ley 6ª de 1945], 19 y 26 del Decreto 2127 del mismo año, y los artículos 2341, 2343 y 2347 del Código Civil, por falta de aplicación.

En sustentación del cargo arguye el recurrente:

Entiende el Tribunal que los únicos conflictos que indirectamente se derivan del contrato de trabajo son los que provienen de la violación de las garantías consagradas en el artículo 26 del Decreto 2127 de 1945, y los que tienen por causa enfermedades profesionales o accidentes de trabajo producidos por culpa del patrono o sin ella, quedando sujetas las demás controversias a las normas del derecho civil. La tesis no es aceptable, porque la tutela del trabajador exige que las reglas del derecho común se apliquen al contrato de trabajo. En punto a indemnización de perjuicios por culpa del patrono no cabe distinguir, como lo hace el fallador, entre accidente de trabajo propiamente dicho y lesiones de otra especie, desde que el hecho generador tenga origen en el mencionado contrato. La pretensión de reparación de perjuicios con base en la culpa de un empleado del pátrono no implica desplazamiento del problema laboral al campo del derecho común, como lo ha sostenido la casación del trabajo. En las instancias no se ha discutido que las acciones propuestas tuvieron su fundamento en hechos ocurridos durante la ejecución del contrato. Por tal motivo la competencia de la justicia laboral comprende también las controversias que se extiendan o emanen de la indicada relación jurídica, de acuerdo con el artículo 55 del Código Sustantivo del Trabajo, que sustituyó el 19 del Decreto 2127 precitado. La indemnización por el accidente ocurrido al demandante es una obligación que al patrono impone la ley y no el contrato, derivada del deber de protección y seguridad de que trata el artículo 56 del Código Sustantivo del Trabajo, aplicable por analogía a las relaciones de trabajo con los servidores oficiales. Incurrió, pues, el sentenciador en violación del artículo 2º del Código de Procedimiento Laboral, por errónea interpretación. El yerro proviene de darle a la expresión "conflictos jurídicos que se originen del contrato de trabajo directa o indirectamente", un significado que no tiene, restringiendo su campo de aplicación. Las controversias que se funden directa o indirectamente en dicho contrato no pueden limitarse a las cláusulas estipuladas, pues su radio de acción abarca regiones más amplias, comprendiendo aun las de derecho común que interfieran la relación laboral. Concluye el recurrente con la afirmación de que el quebranto de la norma legal antes citada, llevó al Tribunal a la violación de las demás que cita en el cargo.

Por su parte sostiene el apoderado de la parte opositora que si el Tribunal tuvo la convicción de que la acción no proviene de manera directa o indirecta de la relación laboral, no puede predicarse infracción del artículo 2º del Código de Procedimiento Laboral, rectamente interpretado por aquél.

Luego de transcribir la norma del artículo 12, inciso 5º, ordinal b) de la Ley 6ª de 1945, afirma que es una disposición específica para casos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y nada más lejos en este negocio que la posibilidad de que el lamentable traumatismo del actor sea un accidente de trabajo o una enfermedad profesional. Aquél dijo en el hecho 7º de la demanda, que la luxación del brazo ocurrió cuando dormía, al paso que el médico tratante manifiesta que se presentó hallándose el paciente en estado de beodez. De otro lado, la enfermedad que alega el demandante tampoco es profesional. No siendo, pues, aplicable al caso debatido el precepto legal, mal pudo haberlo violado el Tribunal.

No sobra advertir —agrega el opositor— que no se ha demostrado en autos culpa de las Empresas ni relación de causalidad entre el daño sufrido por el actor y acción u omisión del patrono. El ingeniero Correa padeció una enfermedad común, la luxación de un brazo, tratada correctamente por el médico de la entidad demandada. Después de un año de abandono y descuido en el tratamiento (culpa del demandante) aparece una lesión definitiva de los nervios y los músculos, y se preguntan los médicos que vieron al paciente, sin darse respuesta positiva, si el daño fue causado por la luxación o por la operación, de donde resulta que no hubo culpa del médico que llevara a la responsabilidad indirecta de las Empresas, ni hay relación de causalidad entre la acción del médico y la lesión patológica.

Se considera:

La competencia.

Dice el artículo 2º del estatuto procesal del trabajo:

"La jurisdicción del trabajo está instituída para decidir los conflictos jurídicos que se ori-

ginen directa o indirectamente del contrato de trabajo''.

De la errónea interpretación del texto legal deduce el recurrente el quebranto de las demás normas que cita en el cargo, por falta de aplicación. A lo cual observa la Sala que el *ad quem* no le da al mandato significación distinta de la que ofrece su tenor literal. Dice en efecto: para que la justicia laboral conozca de una litis determinada se requiere el lleno de dos requisitos, a saber: que las partes se hallen vinculadas por un contrato de trabajo, y ''que la causa que genera la controversia surja directa o indirectamente, de dicho contrato''.

De los dos requisitos encuentra demostrado en autos el primero, pues la relación jurídica entre el actor y la entidad administrativa demandada es de naturaleza contractual, conforme al artículo 4º, *in fine,* del Decreto 2127 de 1945. Respecto del segundo anota la sentencia que el conflicto entre los litigantes no se basa en violación por el patrono de cláusulas del contrato, esto es, no proviene de éste de manera directa. Agrega que el vínculo tampoco es fuente indirecta de la litis, porque no se deriva de infracción por el patrono de garantías y derechos del trabajador consagrados en la ley. Las normas laborales aplicables al caso —continúa la sentencia— son las anteriores al actual Código, las cuales establecen a cargo del patrono una obligación de seguridad del empleado, cuyo quebranto se traduce en indemnización restringida por accidente de trabajo o enfermedad profesional, pero únicamente en los casos de que tratan el artículo 12, literal b) de la Ley 6ª de 1945, y el artículo 26, ordinal 2º del Decreto 2127 del mismo año, siempre que el accidente o la enfermedad provengan de culpa comprobada del patrono; que sólo en tales casos la obligación de indemnizar perjuicios se entiende incorporada en todo contrato laboral, conforme al artículo 19 del Decreto citado; que por tal motivo la justicia del trabajo es hoy competente para conocer de la acción ordinaria de perjuicios, según el artículo 2º del Código de Procedimiento Laboral, siéndolo antes por virtud del artículo 21 de la Ley 64 de 1946, si aquéllos tienen por causa el accidente de trabajo o la enfermedad profesional. Pero que, como en el asunto litigioso los perjuicios no se originan de enfermedad profesional o accidente de trabajo sino de leyes civiles, la acción no se deriva, ni siquiera indirectamente, del contrato de trabajo, por lo cual la justicia del ramo es incompetente para su decisión.

La Sala observa:

Consideró el *ad quem* que la acción plenaria de perjuicios que el actor ejercita no se funda en ninguna de las dos hipótesis a que se refiere el artículo 12, literal b), inciso último de la Ley 6ª de 1945, sino en responsabilidad civil por culpa extracontractual, evento en que la acción reparadora excluye la competencia de la justicia del trabajo para su conocimiento, dando a entender que le corresponde definirla a la justicia ordinaria civil. Por consiguiente, si el juicio del Tribunal es equivocado, como lo sostiene el recurrente, trataríase no sólo de falso entendimiento de un precepto de la ley procesal del trabajo (art. 2º), sino de infracción por igual concepto de la norma citada de la Ley 6ª de 1945.

Entiende el acusador que la norma procesal mencionada abre la puerta a la justicia del trabajo para el conocimiento de cualquier litigio, si tiene por fuente el contrato de trabajo, pero no combate la estimación de la sentencia, según la cual, si lo que se pretende es la reparación ordinaria de perjuicios por culpa extracontractual, la acción no tiene asidero en dicho contrato aun de manera indirecta. Para la Sala no es desacertado el juicio del Tribunal. Es claro que si el perjuicio se causa por hecho del patrono o de sus dependientes ajeno a la relación de trabajo, no tutela el derecho a la indemnización la ley del trabajo, sino la pertinente del derecho común. En este evento corresponde el conocimiento de la acción ordinaria de perjuicios a la justicia civil.

Aunque lo expuesto basta para el rechazo del cargo, conviene agregar lo siguiente: el patrono puede incurrir en culpa contractual o extracontractual. En el primer caso es responsable de la indemnización plenaria de perjuicios por virtud de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945; en el segundo, por mandato de los artículos 2341 y 2347 del Código Civil. No es una excepción al principio contenido en el artículo 11 de la Ley 6ª lo dispuesto en el 12, literal b), inciso último de esa Ley, ya que el hecho determinante del perjuicio no tiene ocurrencia extra contrato, sino durante la vida de la relación laboral.

Para la mejor inteligencia del punto, conviene detenerse en el examen de algunas reglas del artículo 12 de la Ley 6ª.

En la demanda inicial fue invocada la del último inciso del literal b), de este tenor: ''En los casos de enfermedad profesional y de accidente de trabajo por culpa comprobada del patrono, el valor de la indemnización se descontará de la condenación ordinaria de perjuicios''.

La regla del literal a) impone al patrono la obligación de indemnizar el accidente de trabajo, y la del literal b), inciso 1º, la de indemnizar la enfermedad profesional. El importe de la prestación, en uno y otro caso, lo fijan las correspondientes tablas de valuación de incapacidades, que el Gobierno debe elaborar mientras el Congreso las adopta (incisos 2º y 3º del literal b). Se anota que las tablas fueron establecidas por el Decreto 841 de 1946, entre otros. Fijan las tablas el valor de la indemnización según el grado de incapacidad del trabajador, resultante de la enfermedad profesional o el accidente de trabajo.

Aunque la jurisprudencia ha tenido oportunidad de señalar el alcance de la disposición legal antes transcrita, no sobra indicar con precisión, por vía de doctrina, su recto sentido. La Sala la concreta así:

1º En caso de accidente de trabajo o de enfermedad profesional, la responsabilidad del patrono no se limita al pago de la indemnización tasada por la ley, sino que responde también del monto de los perjuicios causados si el accidente o la enfermedad provienen de su culpa. Sin esa advertencia podría creerse que la obligación patronal se concretaba a la reparación del perjuicio prefijado por la ley.

2º Cuando hay lugar a la indemnización ordinaria de perjuicios en el caso que se contempla, no concurre con ella la tasada por la ley, sino que del importe de aquélla debe descontarse el valor de ésta.

3º En la misma hipótesis a que alude el punto anterior, incumbe al trabajador la prueba de la culpa patronal. Si el perjuicio total tiene por causa la "culpa comprobada del patrono", es obvio que la demostración de su existencia incumba al trabajador, pues iría contra la lógica que el deudor acredite su propia culpa. Regula claramente la norma en examen la distribución de la carga probatoria. Se explica que así hubiera procedido por la circunstancia de que, cuando se trata de indemnización tasada, no entra en juego la culpa del empresario, ni, por tanto, pesa sobre el asalariado la carga de acreditarla, ya que la responsabilidad de aquél, en tal caso, se funda en el riesgo creado.

De todo lo expuesto se deduce que, dentro del plano en que el Tribunal colocó al caso litigioso, no incurrió en infracción de los textos legales que señala el acusador. Por tanto, el cargo no prospera.

En atención a que el fallo del Tribunal no es definitivo, pues se abstuvo de decidir la litis en el fondo, hipótesis en que el recurso es inaceptable, según jurisprudencia de la corporación, debe la Sala exponer las razones que tuvo para su admisión y estudio.

El libelo inicial ejercita la acción ordinaria de perjuicios, como lo expresan las súplicas del *petitum*. La del literal a) solicita la condena al pago de aquéllos a causa de lesiones sufridas por el actor en accidente imputable a culpa de la entidad demandada. La del literal c) dice textualmente: "Que al fijar el monto de la indemnización se tengan en cuenta las deducciones de que habla el último inciso del ordinal b) del artículo 12 de la Ley 6ª de 1945, si fuere el caso". Hay lugar a las deducciones cuando el trabajador ha sufrido accidente de trabajo o enfermedad profesional, por lo cual debe entenderse que la pretensión del actor tiene por base la citada disposición. No lo estimó así el fallo del *ad quem*, pues en su opinión la pretensión no se funda en ninguna de las dos hipótesis a que se refiere la previsión legal en cita, sino en hechos constitutivos de culpa extracontractual, evento en que la responsabilidad se rige por las normas pertinentes del Código Civil. Lo llevó a esta conclusión la circunstancia de que no encontró exacta conformidad entre la acción y la causa *petendi*, pues de algunos de los hechos de la demanda inicial puede deducirse que no se trata de accidente de trabajo sino de enfermedad común u ordinaria. Así las cosas, lo procedente habría sido la decisión de fondo, pues si los hechos no convienen a la acción, hay lugar a la desestimación de ésta. El fallo ha debido ser, pues, de mérito, con alcance de cosa juzgada material, como lo fue el del Juzgado *a quo*, y no simplemente inhibitorio, con efectos de cosa juzgada formal.

Es oportuno observar lo siguiente:

Cuando se invoca el contrato de trabajo como fuente de las obligaciones reclamadas, basta esa afirmación para determinar la competencia del Juez del Trabajo. En el presente juicio se cumplió esa exigencia. Si de las pruebas aducidas al proceso resulta que el contrato es de naturaleza distinta (de obra, por ejemplo), la consecuencia no puede ser una declaración inhibitoria, sino el rechazo de la acción. Si la fuente de ésta no es una relación jurídica gobernada por la ley del ramo sino, v. gr., la culpa aquiliana, la conclusión es la misma, como antes se anotó. Para prestar la jurisdicción no es pertinente averiguar si la acción ejercitada se la otorga al actor el derecho objetivo a menos que la ley exija la prueba de la legitimación para obrar, como ocurre

en el proceso de ejecución, donde tal requisito, como la presentación del título que demuestre la obligación con calidad de exigible, son presupuestos de admisibilidad de la demanda. Son cuestiones distintas la competencia y el derecho cuya tutela se pretende. El primer factor constituye un presupuesto del juicio, indispensable para la debida constitución de la relación procesal; el segundo, un presupuesto de la pretensión, regido por el derecho material en las acciones de condena.

Hay lugar al rechazo de la demanda por incompetencia cuando a la justicia laboral se pide la decisión de una relación jurídica con base en fuentes distintas del contrato de trabajo, o los de otra índole adscritos a aquélla por la ley. En el supuesto de que por inadvertencia se admita la demanda y prosiga el juicio hasta la sentencia, es de recibo un pronunciamiento inhibitorio.

Cuando se trata de fallo con declaración de incompetencia, estima la Sala que debe examinar si era pertinente, pues si así no ocurre, excluírlo del recurso extraordinario implicaría la prevalencia de la forma sobre el fondo. Si la Corte se atiene a los resuelto por el fallador, sin analizar sus fundamentos, quedaría al arbitrio de éste sustraer del recurso las sentencias que culminen con declaración inhibitoria, lo cual conduciría al quebranto de la ley.

Además, no pueden perderse de vista estas consideraciones:

En el proceso civil es motivo de casación el hecho de que "el Tribunal se abstenga de conocer de un asunto de su competencia y declarándolo así en el fallo" (art. 520, numeral 7º del C. J.).

En el proceso laboral no existe la misma causal de casación, pues, por regla general, excluye el recurso por vicios de actividad o errores *in procedendo*. Sin embargo, si la decisión acusada termina con declaración de incompetencia, no siendo el caso, es pertinente la censura en casación por la causal primera. En este evento, infirmada la sentencia, habría lugar a su rescisión, esto es, a fallo de fondo, a diferencia de lo que en situación igual ocurre en el proceso civil. En éste el pronunciamiento sería rescindente, dando lugar al reenvío, ya que la Corte se limita a declarar el estado en que queda el juicio para que el segundo grado dicte nuevo fallo.

La estructura diferente que en los dos procesos tiene la cuestión en estudio, y, sobre todo, sus consecuencias, impone a la casación laboral especial consideración. Si so pretexto de que no son acusables ante ella sino los pronunciamientos de fondo, se exime de revisar el juicio del *ad quem*, adoptando la línea de menor resistencia, esto es, la de declarar el recurso inadmisible, el comportamiento podría prestarse a la crítica de que prohija lesiones al derecho con desmedro de la justicia. En efecto, lo que las partes pretenden al solicitar la tutela judicial es una decisión jurisdiccional de mérito, no una resolución sobre el proceso, significación que tiene el fallo con declaración de incompetencia. El de ésta índole deja la litis imprejuzgada, pues nada decide sobre ella. Autoriza, por tanto, la renovación del juicio, en busca de nueva sentencia definitiva, ya que la actividad realizada no alcanzó a consumar la jurisdicción. Frente a una situación como la descrita, la justicia no cumple su misión, pues dilata la decisión definitiva del litigio y grava a las partes con el aumento en los gastos. El legislador ha querido que la justicia del trabajo se administre con prontitud. La materia a ella confiada responde a exigencias de orden público, característica dominante del derecho social. A esta orientación se ajusta el reglamento del proceso laboral.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes, José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

COMPENSACION DEL TRABAJO DOMINICAL Y FESTIVO EN LOS CASOS DE LABORES QUE NO PUEDEN SUSPENDERSE, COMO LOS VIAJES FLUVIALES O MARITIMOS

En los casos de labores que no pueden ser suspendidas, como los viajes fluviales o marítimos, no es ilícito que, en relación con el trabajo en días dominicales y festivos, los contratantes estipulen el pago compensatorio en la forma prevista en el artículo 184 del Código Sustantivo del Trabajo.

Entre los preceptos que el recurrente señala como infringidos está el artículo 184 del Código Sustantivo del Trabajo, disposición que regula en forma especial el trabajo de los servidores del transporte fluvial o marítimo en los días de descanso remunerado. Este tratamiento excepcional para los navegantes establecidos en el Código Sustantivo del Trabajo tiene claros antecedentes en disposiciones legales anteriores, como son las Leyes 57 de 1926, 72 de 1931 y el Decreto 1278 de 1931, reglamentario de estas Leyes. En esta última norma se dice en su artículo 11:

"Cuando se trate de una labor que no pueda suspenderse, como la de los viajes de navegación fluvial o marítima, en que el personal no pueda tomar el descanso en el curso de una o más semanas, se acumularán los días de descanso en la semana siguiente a la terminación de la labor, o se pagará la correspondiente indemnización en dinero, a opción del empleado u obrero".

Como se ve, se trata de una disposición que en sus lineamientos generales es del mismo tenor que el citado artículo 184. Ahora bien, si se habla de labores que no pueden suspenderse por su misma naturaleza, es obvio que esto lo saben las personas que vinculan a ellas sus servicios. De modo que es usual y corriente que aquéllas presten su trabajo, no sólo en días comunes, sino también en los dominicales y festivos que se interponen en cada viaje. Conociendo esta situación los navegantes, no es ilícito que ellos puedan pactar la compensación prevista en el artículo 184 mencionado.

Así las cosas, no comparte la Sala la apreciación del recurrente sobre ineficacia de la cláusula 2ª del contrato de trabajo escrito que obra en autos, y que en lo pertinente dice: "... Esta remuneración compensada incluye y cubre la totalidad del tiempo y del trabajo que sean necesarias en el desempeño de su cargo, ya sea en días hábiles o de descanso, en horas diurnas y nocturnas, lo mismo que todo el trabajo adicional eventual que se presente y la de los días de descanso obligatorio. Además, mientras se encuentre en ejercicio de sus funciones en la respectiva embarcación, la compañía les suministrará alimentación a bordo del barco o remolcador. Para los efectos del artículo 129 del Código Sustantivo del Trabajo, se estima el valor de esta alimentación en la suma de $ 30.00 mensuales".

Debido a las consideraciones anteriores, es por lo que la Sala no ha encontrado estructurado el ostensible error de valoración probatoria que alega el recurrente en relación con la cláusula 2ª cuestionada, que es el soporte principal de la decisión impugnada. Y asimismo tampoco considera que haya habido infracción del artículo 43, citado por el casacionista, del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto la referida estipulación contractual no contiene una renuncia de derechos reconocidos por la ley ni vulnera el mínimo de garantías establecidas en favor del trabajador.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., noviembre quince de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C.).

Por medio de apoderado, Edmundo White Amaya presentó demanda ordinaria laboral contra la empresa "Esso Colombiana S. A.", a fin de que fuese condenada a pagarle: la diferencia por la remuneración de días domingos y feriados trabajados y solamente pagados en forma sencilla, el reajuste del auxilio de cesantía y de la prima de servicios, y la indemnización de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Los hechos de la demanda se relataron así:

"1º Mi representado prestó sus servicios a la entidad demandada, como Capitán, desde el día 20 de agosto de 1951 hasta el día 31 de agosto de 1957;

"2º Mi representado devengaba al servicio de la demandada un sueldo mensual de $ 1.592.00 moneda corriente;

"3º Mi representado trabajó al servicio de la demandada todos los días domingos y feriados comprendidos en el hecho 1º de esta demanda;

"4º La entidad demandada no pagó a mi representado los días domingos y feriados trabajados a su servicio con un salario ordinario doble, como lo manda el artículo 179 del Código Sustantivo del Trabajo;

"5º La demandada debe reajustar el auxilio de cesantía y primas de beneficio, teniendo en cuenta las sumas dejadas de pagar y que se reclaman en esta demanda;

"6º No obstante de haberse reclamado a la demandada en forma directa el pago de los salarios y prestaciones que se cobran en esta demanda, retiene dichas sumas que corresponden al trabajador por servicios prestados".

Como fundamentos de derecho se citaron las normas pertinentes del Código Sustantivo del Trabajo y del Código de Procedimiento Laboral.

La entidad demandada, por conducto de apoderado, aceptó con aclaraciones algunos hechos, pero en todo caso negó adeudarle suma alguna al demandante. Propuso la excepción de prescripción.

Correspondió el conocimiento de la litis al Juzgado Segundo (2º) del Trabajo de Barranquilla. Su fallo de primera instancia fue proferido el 16 de septiembre de 1958, en estos términos:

"... 1º Condénase a la empresa Esso Colombiana S. A., representada legalmente en este acto por el doctor Carlos H. Escudero, a pagar al demandante, señor Edmundo White Amaya, o a su apoderado judicial, doctor Eduardo Llinás Mastrodoménico, la cantidad de seis mil ciento un pesos con noventa centavos ($ 6.101.90) moneda legal, por concepto de domingos y días feriados.

"2º Decláranse prescritos los domingos y feriados causados con anterioridad al 23 de abril de 1955.

"3º Absuélvese a la empresa demandada de todos los demás cargos de la demanda.

"4º Sin costas".

La sentencia del Juzgado fue apelada por ambas partes. Desató la alzada el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla —Sala Laboral—, por fallo de fecha febrero 19 de 1959, por el cual se revocó totalmente el de primer grado y se absolvió a la sociedad demandada. No se condenó en costas.

El apoderado judicial del actor interpuso el recurso de casación contra el fallo del Tribunal. El *ad quem* lo concedió, y esta Sala lo ha admitido y tramitado en legal forma. Corresponde, pues, decidirlo, previo el examen de la demanda que lo sustenta y del escrito de réplica.

Alcance de la impugnación:

Persigue la casación del fallo acusado y a que la Sala convertida en Tribunal de instancia confirme el del *a quo*.

Con fundamento en la causal primera del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, el recurrente formula un solo cargo, que pasa a estudiar la Sala.

Cargo único.

Se enuncia así:

"La sentencia acusada viola, por vía indirecta, los preceptos sustantivos de orden nacional contenidos en los artículos 13, 14, 43, 172, 173, 174, 175, 177, 179, 181, 184 del Código Sustantivo del Trabajo, y 1757 del Código Civil, al dejar de aplicarlos a situaciones de hecho discutidas en el juicio y que están claramente sometidas a su regulación, y los artículos 19 y 170 del mismo Código Sustantivo del Trabajo al aplicarlos indebidamente, y llegar así a consecuencias jurídicas contrarias a las queridas por la ley, por haber incurrido el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla —Sala Labo-

ral— en errores de hecho manifiesto en los autos, provenientes de la falta de estimación y de la mala apreciación de las pruebas que a continuación individualizaré'':

En seguida el recurrente señala las pruebas no estimadas y las pruebas mal apreciadas. Entre las primeras se encuentra la confesión de la parte demandada sobre cargo desempeñado por el actor, tiempo de servicios y trabajo en domingos y festivos; así como el documento de folio 3 sobre el salario devengado por el promotor del juicio; entre las segundas, se cita el contrato de trabajo, la inspección ocular y el Reglamento de Trabajo.

Después de un análisis detenido de las pruebas en referencia, el impugnador concreta los errores de hecho en los siguientes términos:

''a) No dar por demostrado, estándolo, que el señor Edmundo White Amaya trabajó en los domingos y días festivos comprendidos desde el primero (1º) de marzo de 1951 hasta el 31 de agosto de 1957, lapso éste en que prestó sus servicios a la Esso Colombiana S. A. como Capitán de Navegación.

''b) No dar por demostrado, estándolo, que por el trabajo en domingos y días festivos el actor no recibió remuneración doble sino que devengó siempre un salario mensual fijo.

''c) No dar por demostrado, estándolo, que el actor no pudo disfrutar de descanso compensatorio precisamente porque tenía la obligación de trabajar continuamente, incluso los domingos y días festivos.

''d) No dar por demostrado, estándolo, que el salario mensual fijo devengado por Edmundo White Amaya era de $ 1.592.00 moneda corriente.

''e) No dar por demostrado, estándolo, que hasta la fecha el actor no ha recibido la remuneración doble por el trabajo en los domingos y festivos, ciento quince (115) en total, no comprendidos por la prescripción.

''f) Dar por demostrado, sin estarlo, que hubo ejercicio del derecho de opción por parte del trabajador por una suma compensatoria de sus servicios en días festivos y domingos y horas extraordinarias, cuando lo que ocurrió fue la renuncia al descanso, de un lado, y a la remuneración doble, de otro.

''g) Dar por demostrado, sin estarlo, que las partes convinieron al celebrar el contrato de trabajo un salario para el trabajo en días comunes y otra remuneración global por el trabajo en días de descanso obligatorio, cuando lo que en realidad estipularon fue un salario único para retribuír la totalidad de los servicios prestados sin decir lo que correspondía a uno y otro concepto''.

El cargo termina con la presentación de la incidencia de los errores de hecho puntualizados antes en las diferentes disposiciones legales que se estiman infringidas, repitiendo lo que se dijo en el encabezamiento de la acusación, esto es, que los artículos 19 y 170 del Código Sustantivo del Trabajo fueron aplicados indebidamente, y que los artículos 13, 14, 43, 172, 173, 174, 175, 177, 179, 181 y 184, ibídem, y el 1757 del Código Civil se violaron porque se dejaron de aplicar.

Se considera:

Examinando en su orden de presentación los distintos errores de hecho que alega el recurrente, y que distingue con las letras a), b), c), d), e), f) y g), la Sala formula las siguientes observaciones:

a) Sobre el particular no hay problema, pues el Tribunal no desconoce que el demandante pudo trabajar en los días de descanso obligatorio que reclama. La diferencia estriba en el aspecto de la remuneración de esos días, como se verá más adelante.

b) El Tribunal consideró que el salario que percibía el actor era compensado para los días de descanso que se trabajasen, porque así está estipulado en el contrato libremente celebrado entre las partes y por permitirlo el artículo 184 del Código Sustantivo del Trabajo.

c) El Tribunal estimó que el demandante no recibió descanso compensatorio por el trabajo en días de descanso porque, precisamente, optó por el pago compensado en el contrato escrito a que se ha hecho referencia.

d) El Tribunal no desconoce que el salario devengado por el demandante era fijo. Lo que ocurre es que estimó que ese salario representaba la retribución de los servicios acordados en el respectivo contrato laboral, cuya cláusula respectiva dice así: ''Como retribución por todos los servicios que preste el Capitán, de conformidad con la cláusula que antecede, la compañía le pagará una remuneración compensada, en dinero, a razón de un mil ciento noventa y cinco pesos ($ 1.195.00) moneda corriente colombiana, mensuales, que le será entregada por ... vencidas (sic). Esta remuneración compensada incluye y cubre la totalidad del tiempo y del trabajo que sean necesarios en el desempeño de su

cargo, ya sea en días hábiles o de descanso, en horas diurnas o nocturnas, lo mismo que todo el trabajo adicional eventual que se presente y la de los días de descanso obligatorio. Además, mientras se encuentre en ejercicio de sus funciones en la respectiva embarcación, la compañía le suministrará alimentación a bordo del barco o remolcador. Para los efectos del artículo 129 del Código Sustantivo del Trabajo se estima el valor de esta alimentación en la suma de $ 30.00 mensuales''.

En relación con los puntos f) y g) que plantea el recurrente, observa la Sala:

Ya se conocen los artículos que el recurrente señala como infringidos. Entre ellos está el 184 del Código Sustantivo del Trabajo, que es un precepto que regula en forma especial el trabajo de los servidores del transporte fluvial o marítimo en los días de descanso remunerado. Este tratamiento excepcional para los navegantes establecido en el Código Sustantivo del Trabajo, tiene claros antecedentes en disposiciones legales anteriores, como son las Leyes 57 de 1926, 72 de 1931 y el Decreto 1278 de 1931, reglamentario de estas Leyes. En esta última norma se dice en su artículo 11:

''Cuando se trate de una labor que no pueda suspenderse, como la de los viajes de navegación fluvial o marítima, en que el personal no pueda tomar el descanso en el curso de una o más semanas, se acumularán los días de descanso en la semana siguiente a la terminación de la labor, o se pagará la correspondiente indemnización en dinero, a opción del empleado u obrero''.

Como se ve, se trata de una disposición que en sus lineamientos generales es del mismo tenor que el citado artículo 184. Ahora bien, si se habla de labores que no pueden suspenderse por su misma naturaleza, es obvio que esto lo saben las personas que vinculan a ellas sus servicios. De modo que es usual y corriente que aquéllas presten su trabajo, no sólo en días comunes, sino también en los dominicales y festivos que se interponen en cada viaje. Conociendo esta situación los navegantes, no es ilícito que ellos puedan pactar la compensación prevista en el artículo 184 mencionado.

Así las cosas, no comparte la Sala la apreciación del recurrente sobre ineficacia de la cláusula segunda del contrato de trabajo escrito que obra en autos, y que en lo pertinente dice: ''... Esta remuneración compensada incluye y cubre la totalidad del tiempo y del trabajo que sean necesarios en el desempeño de su cargo, ya sea en días hábiles o de descanso, en horas diurnas o nocturnas, lo mismo que todo el trabajo adicional eventual que se presente y la de los días de descanso obligatorio. Además, mientras se encuentre en ejercicio de sus funciones en la respectiva embarcación, la compañía le suministrará alimentación a bordo del barco o remolcador. Para los efectos del artículo 129 del Código Sustantivo del Trabajo, se estima el valor de esta alimentación en la suma de $ 30.00 mensuales''.

Debido a todas las consideraciones anteriores es por lo que la Sala no ha encontrado estructurado el ostensible error de valoración probatoria que alega el recurrente en relación con la cláusula segunda cuestionada, que es el soporte principal de la decisión impugnada. Y asimismo tampoco considera que haya habido infracción del artículo 43 que cita el casacionista, por cuanto la referida estipulación contractual no contiene una renuncia de derechos reconocidos por la ley ni vulnera el mínimo de garantías establecidas en favor del trabajador. Tampoco se han infringido las otras disposiciones legales.

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

En mérito de los razonamientos que preceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, *no casa* el fallo recurrido.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RECLAMACION DE SALARIOS Y PRESTACIONES. — TECNICA DEL RECURSO DE CASACION

Necesidad de citar en forma completa, en la demanda de casación, las normas sustantivas que se estiman violadas.

Al escrito con que el casacionista sustenta el recurso extraordinario hay necesidad de formularle varias glosas que hacen resaltar su ineficacia para quebrantar el fallo acusado. Una de ellas consiste en que sólo se acusan como normas de derecho sustancial los artículos 65 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo, olvidando el recurrente que el Tribunal absuelve al demandado de todas las peticiones formuladas en el libelo inicial, a saber: cesantía, primas de servicio, vacaciones, dominicales y festivos, horas extras, "salarios indemnizatorios y demás prestaciones a que tenga derecho y se probaren en juicio". Es decir, que el impugnador no efectúa la debida concatenación entre la total absolución decidida por el ad quem y el artículo 65, ibídem. Punto fundamental éste para la viabilidad del cargo porque el mencionado precepto no tiene virtualidad por sí solo para su aplicación sino que depende de que no se hayan pagado al trabajador, a la terminación del contrato laboral, los salarios o prestaciones causados en su favor. Era necesario, pues, que el casacionista presentara la correspondiente relación entre la norma cuestionada y los salarios y prestaciones sociales cuya absolución resolvió el sentenciador.

En lo que respecta al artículo 23 citado, es una norma que se limita a enumerar los elementos constitutivos del contrato de trabajo que también es necesario relacionar con otras disposiciones creadoras de derechos para poder deducir de allí el reconocimiento de estos últimos. De otro modo, la acusación resulta incompleta, como acontece en el sub lite. Además es de observar que el Tribunal acepta durante cierto período la existencia del contrato de trabajo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., noviembre veintitrés de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C.).

Por medio de apoderado, Julio Bedoya instauró demanda ordinaria laboral contra Pantaleón González, a fin de que fuese condenado a pagarle: cesantía, primas de servicio, vacaciones, dominicales y festivos, horas extras, "salarios indemnizatorios y demás prestaciones a que tenga derecho y se probaren en juicio".

Como hechos de la demanda expuso los siguientes:

"1º El 15 de mayo de 1954 empezó a trabajar para el señor Pantaleón González, en su finca 'La Fonda', ubicada en jurisdicción de este Municipio, el señor Julio Bedoya.

"2º El trabajador devengaba últimamente cuatro pesos con cincuenta centavos ($ 4.50) diarios.

"3º En los primeros días de julio de 1957 se dio por terminado el contrato de trabajo en forma bilateral, porque en dicha fecha el trabajador empezó a trabajar como aparcero del mismo patrono.

"4º Al terminarse el contrato de trabajo, no le fueron liquidadas las prestaciones sociales al trabajador.

"5º Al trabajador no se le pagaban los dominicales ni festivos nacionales, ni se le reconocieron las primas de servicio ni le fueron reconocidas las vacaciones".

En derecho se citaron los artículos 22, 47, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo.

El demandado, por conducto de apoderado, dio respuesta a los hechos de la demanda en la siguiente forma: al 1º, dijo no ser cierto pero aclaró que el actor entró a trabajar como peón en mayo de 1955 hasta julio de 1957, devengando un salario de cuatro pesos ($ 4.00) diarios, y que su trabajo no era continuo ni lo hacía toda la semana; al 2º, manifestó que nunca Bedoya ganó más de cuatro pesos ($ 4.00); al 3º, expresó su aceptación con aclaraciones, y al 4º respondió no ser cierto. El demandado reconoció deberle a lo sumo al demandante la cantidad de cien pesos por concepto de prestaciones.

En primera instancia correspondió el conocimiento de la litis al Juzgado Segundo del Trabajo de Manizales, el cual profirió decisión de fondo el 7 de noviembre de 1959, en cuya parte resolutiva se declara probada la excepción, oficiosamente, de pago parcial por la suma de cien pesos ($ 100.00), y se condena a pagar al demandado la cantidad de $ 4.007.25 por concepto de cesantía, primas de servicio, vacaciones y salarios moratorios. Por los demás cargos del libelo inicial el demandado fue absuelto. No se hizo condenación en costas.

Del fallo anterior apeló la parte demandada. La alzada fue resuelta por el Tribunal Superior de Manizales —Sala Laboral—, por sentencia del 14 de julio de 1960, en que se dispuso lo siguiente: "1º De oficio se declara probada la excepción de pago total por consignación, conforme a lo expuesto en la parte motiva, y, en consecuencia, se absuelve al señor Pantaleón González G., mayor y de esta vecindad, de todos los cargos que en demanda le fueron formulados por Julio Bedoya, de las mismas condiciones civiles. 2º Sin costas".

Contra la sentencia anterior interpuso recurso de casación el apoderado de la parte actora. El Tribunal lo concedió y esta Sala le ha dado el trámite de rigor. Va a resolverse, pues, previo el estudio de la demanda que lo sustenta y del escrito de réplica.

Alcance de la impugnación:

Solicita el recurrente la casación del fallo dictado por el Tribunal y "en su lugar se condene al señor Pantaleón González a pagar al señor Julio Bedoya las prestaciones sociales correspondientes".

El impugnador no indica el motivo o causal de casación en que se apoya. Manifiesta que hubo errónea interpretación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y que fue violado el 23, ibídem. La sustentación de la acusación textualmente dice:

"El concepto de la infracción de los dos preceptos legales estriba en su orden en lo siguiente: se violó el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, porque dicho precepto ordena que a la terminación del contrato de trabajo se paguen las prestaciones y el argumento de la sentencia impugnada de que el patrono creyó de buena fe que el contrato continuaba aunque con distintas modalidades, es falso, porque una cosa es contrato de trabajo por salario y otra aparcero. Tanto es así que dichas controversias se ventilan por juicios distintos, y además no es presumible la ignorancia de la ley, que no sirve de excusa en un patrono como don Pantaleón González, hombre recorrido y ducho en el manejo de toda clase de trabajadores, ya que su hacienda 'La Fonda', cuyo valor es de varios millones de pesos, cuenta con más de ochenta agregados o aparceros y con más de cien trabajadores a jornal. Los hacendados, casi en su generalidad, en este Departamento han encontrado un señuelo genial para frustrar las prestaciones sociales que deben a sus trabajadores, asignándoles una parcela para que la administren y luego la disfruten en compañía con el propietario, pero siempre conservando sobre ellos la facultad de exigirles el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo. Es así como no hay aparcero en Caldas que no esté sometido pór el doble contrato de trabajo y tenga que laborar, cuando el patrono lo ordene, tres, cuatro o cinco días a la semana, dos o tres semanas al mes; tres, cuatro o cinco meses al año, en forma asalariada. Esta doble situación resulta muy favorable a la postre para el patrono, porque cuando es demandado por el trabajador con un doble juicio: por mejoras y por prestaciones sociales, sale absuelto en ambos, ya que el aparcero no es mejorante, y en cuanto a sus prestaciones le es casi imposible probar el tiempo de servicios por la discontinuidad, fuera de que, cuando se logra establecer por medio de las planillas, el trabajador no tiene derecho ni a dominicales ni a primas de servicio, como en el caso presente. Si 'el patrono no pagó las prestaciones porque de buena fe creyó que el contrato continuaba aunque con distintas modalidades', es preciso agregarle, también de buena fe por parte del trabajador, al tiempo de servicio al jornal analizado y tenido en cuenta por el Juez de primera instancia, el tiempo de trabajo en calidad de aparcero, para que la buena fe se

tenga en cuenta en cuanto al trabajador, quien creyó que el tiempo de trabajo como aparcero se le sumaría después al tiempo de trabajo a jornal. En síntesis, los salarios caídos los debe el patrono, porque si bien no se ha podido demostrar que las condiciones del trabajador en el contrato de aparcería fueran inferiores, tampoco existe prueba en el expediente de que dichas condiciones hubieran sido superiores...".

El párrafo final de la demanda está redactado en la siguiente forma:

"En mi afán de no desamparar a mi poderdante y cumplir fielmente con mi deber profesional, he llegado hasta la honorable Corte a formular esta demanda que carece por completo de la técnica adecuada. La presentación de una demanda de casación por un profesional especializado encarna una erogación de tres a cuatro mil pesos en forma anticipada, que ni el trabajador puede suministrar ni este modesto abogado sufragar, ya que mis honorarios están determinados por un porcentaje de sentencia favorable".

Se considera:

Al escrito con que el casacionista sustenta el recurso extraordinario hay necesidad de formularle varias glosas que hacen resaltar su ineficacia para quebrantar el fallo acusado.

En efecto, sea lo primero observar que es el propio recurrente quien manifiesta que, "esta demanda carece por completo de la técnica adecuada".

En segundo lugar, el *petitum* de la acusación no está de acuerdo con su desarrollo, ya que lo que se pide es la condena por "prestaciones sociales", y la disposición que se ataca es el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, que, como es bien sabido, no establece una prestación social sino una indemnización o sanción.

En tercer lugar, sólo se acusan como normas de derecho sustancial los artículos 65 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo, olvidando el recurrente que el Tribunal absuelve al demandado de todas las peticiones formuladas en el libelo inicial. Es decir, que el impugnador no efectúa la debida concatenación entre la total absolución decidida por el *ad quem* y el artículo 65, ibídem. Punto fundamental éste para la viabilidad del cargo, porque el mencionado precepto no tiene virtualidad por sí solo para su aplicación, sino que depende de que no se hayan pagado al trabajador, a la terminación del contrato laboral, los salarios o prestaciones causados en su favor. Era necesario, pues, que el casacionista presentara la correspondiente relación entre la norma cuestionada y los salarios y prestaciones sociales, cuya absolución resolvió el Sentenciador.

En lo que respecta al artículo 23 citado, es una norma que se limita a enumerar los elementos constitutivos del contrato de trabajo, que también es necesario relacionar con otras disposiciones creadoras de derechos para poder deducir de allí el reconocimiento de estos últimos. De otro modo, la acusación resulta incompleta, como acontece en el *sub lite*. Además, es de observar que el Tribunal acepta durante cierto período la existencia del contrato de trabajo.

Las breves consideraciones anteriores son suficientes para que la Sala llegue a la conclusión de que la acusación que se examina está mal planteada. Por consiguiente, no puede ser acogida.

En mérito de los razonamientos que preceden, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RECLAMACION DE HONORARIOS MEDICOS. — NORMAS SUSTANTIVAS Y PROCESALES QUE RIGEN LA MATERIA. — CONTRATACION DE SERVICIOS PARA TERCERAS PERSONAS. — SISTEMA DE APRECIACION DE LA PRUEBA. — MEDIOS PROBATORIOS. — PRESCRIPCION DE LA ACCION

1. No se ve inconveniente para que se contrate con un médico la prestación de sus servicios para otra persona, caso en el cual el profesional tiene derecho a que se le cubran sus emolumentos por quien lo contrató. — 2. En los juicios que se tramitan ante la justicia laboral por disposición del Decreto 456 de 1956, el juzgador no está sujeto al sistema de la tarifa legal que rige el proceso civil, para la valoración y estimación probatoria, sino al de la libre formación del convencimiento, en la forma, términos y con las limitaciones previstas en el artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral. — 3. El ejercicio de actividades propias de profesiones liberales puede cumplirse de manera independiente o también de manera subordinada, mediante vinculación a un contrato de trabajo. Normas que rigen, respectivamente, la relación jurídico-sustancial, según que los servicios profesionales se presten de manera independiente o subordinada. — 4. En los juicios del trabajo, al igual que en materia civil, son admisible todos los medios de prueba establecidos en la ley. Asimismo, en los juicios laborales al igual de lo que ocurre en el proceso civil, tampoco se dispone de libertad en lo relativo a la aducción y práctica de las pruebas. No pueden estimarse como elementos de convicción, certificados expedidos por particulares, aunque hayan sido reconocidos judicialmente bajo la gravedad del juramento. La libre apreciación de la prueba, imperante en el proceso laboral, no autoriza al juzgador para admitir como elemento de convicción medios no autorizados por el legislador. — 5. La prescripción como modo de extinguir las acciones o derechos ajenos. La prescripción se funda en la negligencia real o presunta del titular, de que se induce el abandono del derecho. Para declarar la prescripción basta que no se haya ejercido la acción durante cierto tiempo. Se cuenta este tiempo desde que la acción se haya hecho exigible. — 6. En qué momento se consuma la prescripción para el cobro de honorarios médicos. El criterio de la áctio nata como punto de partida de la computación de los plazos. Cuándo se hacen exigibles los honorarios y se inicia la prescripción, según se trate de asistencia médica accidental o habitual. — 7. Resulta plausible la observancia de una conducta rígida y exigente en cuanto a la prueba de los hechos que sustentan la acción de cobro de honorarios médicos, por razón del largo período de tiempo que comprende la prestación de los servicios. Debe considerarse irregular y criticable la conducta de los facultativos que van acumulando indefinidamente los tratamientos y las cuentas por cobrar. — 8. Cuando el demandante pide más de lo que se le debe, el Juez sólo le declara el derecho a lo que pruebe que se le adeuda. — 9. Los servicios médicos pueden acreditarse por cualesquiera medios probatorios, incluso la prueba testimonial, aunque su valor no pase de quinientos pesos.

1. La acción intentada persigue el reconocimiento y pago de honorarios por servicios profesionales que el demandante prestó como médico al causante y a otras personas —parientes y servidores de éste— por su orden y cuenta. No se alega vinculación de trabajo subordinado entre las partes. Se trata de servicios prestados por un trabajador independiente.

De acuerdo con las piezas procesales, esos servicios ofrecen dos aspectos, a saber: a) la asistencia médica suministrada al causante; b) la prestada a terceros. En el primer caso, su retribución corresponde a quien los contrató y recibió como pacientes, esto es, al señor Cubides, y habiendo fallecido éste sin cubrir su valor, el pago obliga a sus herederos. En el segundo evento, como los terceros que se relacionan en la demanda fueron los beneficiarios de la asistencia médica, tal circunstancia les hace aparecer, prima facie, como los deudores contra quienes el profesional acreedor debía ejercitar la acción de condena correspondiente. Sin embargo, demostrado que el señor Cubides requirió la prestación de los servicios profesionales del médico demandante, no sólo para sí, sino también para parientes y servidores suyos, y descartada la posibilidad de encuadrar su intervención en favor de esos pacientes dentro del campo de la representación o de la agencia oficiosa, surge claramente su vinculación contractual con el demandante.

Al respecto, la Sala de Casación Civil, en fallo de fecha 6 de abril de 1959, tuvo oportunidad de expresar, en un caso semejante al de autos, lo siguiente:

"Nada se opone a que una persona diferente al paciente pueda contratar los servicios de un facultativo para aquél, no desde el aspecto de la representación o de la gestión de negocios, sino desde el ángulo del interés propio de quien busca los servicios. En efecto, es posible que alguien en desarrollo de móviles de cualquier naturaleza tenga interés en que determinado médico atienda a determinado enfermo. Algo más: principios de solidaridad social muchas veces determinan que por afecto o liberalidad, o por cualquier otra causa un individuo auxilie a un enfermo a través de la asistencia médica por él costeada. Diariamente se observa que existen instituciones asistenciales que se encargan de facilitar esta clase de servicios a los que se encuentran necesitados de ellos y carecen de medios para proporcionárselos. Con la tesis absoluta del Tribunal, los médicos y demás profesionales que sirven ocasionalmente a dichas instituciones no podrían cobrarles los honorarios respectivos, pues quien se los requirió no estaría legitimado para responder.

"Lo que ocurre es que toda persona puede contratar con otra la prestación de servicios aunque éstos deban suministrarse, no a quien los contrata sino a un tercero, hipótesis en la cual el profesional tiene derecho a que se le cubran sus emolumentos por quien ha requerido su actividad. El contrato en circunstancias normales reúne todos los requisitos para su perfeccionamiento. El consentimiento, el objeto y la causa se configuran como en cualquier otra convención. Se recuerda que no es fundamental que el objeto represente un interés patrimonial para el contratante, pues basta que haya un interés que merezca protección, que en este caso está constituído por la atención prestada a un enfermo respecto al cual quien contrata está ligado por relaciones de diversa índole; por último, no se ve obstáculo para que estas relaciones, que no es menester exteriorizar, determinen la contratación. Bueno es recordar aquí que según el artículo 1524 del Código Civil no es necesario expresar la causa de los contratos, por lo cual, como lo ha dicho la Corte, 'la ley supone en todo caso la existencia de la causa real y lícita de ellos; probada, pues, la obligación, está probada la causa" (G. J., Tomo XLV, pág. 143). Y por eso la misma corporación expresa, refiriéndose a la definición de causa que trae la norma últimamente mencionada, esto es, 'el motivo que induce al acto o contrato', que 'la causa no es exclusivamente el elemento mecánico de la contraprestación, sino que junto a éste hay un móvil indisolublemente ligado a la obligación' (G. J., Tomo XLVIII, pág. 251).

"En síntesis, pudiendo las partes celebrar contratos que no atenten contra el orden público y las buenas costumbres, no se ve inconveniente para que se pueda contratar con un médico prestación de servicios para otra persona, caso en el cual el profesional está en capacidad de hacer efectivo el cobro de sus honorarios a quien lo contrató". (Juicio promovido por el doctor Pedro J. Vallejo contra Pedro P. Ceballos. G. J., Tomo XC, pág. 293).

2. Por mandato del Decreto 456 de 1956, el conocimiento de los juicios sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado, se sustrajo de la justicia ordinaria civil para atribuírlo a la del trabajo, cualquiera que sea la relación jurídica o motivo que les haya dado origen. El citado Decreto regula, además de la jurisdicción

y de la competencia, el trámite de la vía ordinaria laboral para el juicio de conocimiento de las referidas obligaciones y el procedimiento ejecutivo del trabajo, para su cumplimiento. De allí que esta Sala, al fijar el alcance y contenido de ese estatuto legal, ha dicho, en fallos anteriores, que según los términos de sus disposiciones, sólo la relación procesal queda sometida al Código de Procedimiento del Trabajo. La relación jurídico-sustancial, conforme a la cual debe decidirse el litigio, será la que en cada caso se establezca como causa del servicio personal independiente.

Como consecuencia de lo anterior, en esta clase de juicios el juzgador no está sujeto al sistema de la tarifa legal que rige el proceso civil, para la valoración y estimación probatoria, sino, al de la libre formación del convencimiento, en la forma, términos y con las limitaciones previstas por el artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral, que regula la relación procesal.

3. Se tiene admitido y definido por la doctrina jurisprudencial que no siempre el ejercicio de actividades propias de una profesión liberal significa la prestación de servicios independientes. De ordinario ocurre que los profesionales prestan también sus servicios en forma subordinada o dependiente, mediante vinculación de un contrato de trabajo, en cuyo caso la relación jurídico-sustancial, que determina los derechos y obligaciones de las partes, se regula conforme al Código Sustantivo del Trabajo.

Empero, no es éste el caso de autos, pues ya se dijo que no se ha invocado la existencia del contrato de trabajo. El demandante, como trabajador independiente, reclama la retribución por sus servicios profesionales prestados. Siendo esta la causa, el ordenamiento legal conforme al cual debe decidirse el litigio, está regulado por el Libro IV del Código Civil, y al efecto, el artículo 2114 preceptúa que los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona, respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato. El mismo Código, al reglamentar lo referente al arrendamiento de servicios inmateriales, Capítulo 9º del Título 26, dispone en el artículo 2069 que las disposiciones precedentes se aplican a los servicios que según el artículo 2144 se sujetan a las reglas del mandato, en lo que no tuvieren de contrario a ellas. Finalmente, por la relación existente entre este último precepto y el artículo 2063, resulta que el ordenamiento contenido en el artículo 2054, relativo a la fijación del precio por la confección de una obra material, es aplicable para la estimación del valor de los servicios prestados por parte de los profesionales. Debe entenderse, sin embargo, que las disposiciones anteriores simplemente determinan las reglas que se deben aplicar para determinar los efectos de las obligaciones que surgen por la prestación, en forma independiente, de servicios que suponen la actividad de profesiones liberales, sin que se modifique su carácter esencial ni su naturaleza propia.

4. En los juicios del trabajo, al igual que en materia civil, son admisibles todos los medios de prueba establecidos en la ley (art. 51 del Código de Procedimiento Laboral). El artículo 1757 del Código Civil los hace consistir en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido e inspección personal del Juez. Asimismo, en los juicios laborales al igual de lo que ocurre en el proceso civil, tampoco se dispone de libertad en lo relativo a la aducción y práctica de las pruebas, pues esa actividad debe sujetarse a las normas que regulan su producción y recepción, consignadas en el Capítulo XII del Código de Procedimiento Laboral y, además, a las establecidas en el Título XVII del Libro II del Código Judicial, aplicables a los juicios de la primera clase, a falta de normas procesales en materia del trabajo.

En el caso de autos, el actor acompañó a la demanda varios documentos inscritos por particulares, que no son parte en el juicio, por medio de los cuales éstos "certifican" sobre puntos a que se contraen los hechos de la demanda. Dentro del juicio, y a solicitud del demandante, fueron reconocidos, en su contenido y firmas, por los terceros que los suscriben.

La Sala prescinde de estimar como elementos de convicción los documentos antes relacionados, pues no constituyen medio legal de prueba. En efecto, los "certificados" que se analizan, expedidos por particulares, aunque hayan sido reconocidos judicialmente bajo la gravedad del juramento, por sus autores, no son de la clase que se contempla en el artículo 632 del Código Judicial, según el cual hacen plena prueba acerca de su contenido, como documentos auténticos, las certificaciones expedidas por los funcionarios autorizados al efecto y en los casos previstos en la ley. La libre apreciación de la prueba, imperante en el proceso laboral, no autoriza al juzgador para admitir como elemento de convicción medios no autorizados por el legislador.

5. Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 2542 del Código Civil, la parte demandada invocó en su favor la prescripción de las acciones propuestas. La prescripción es no sólo un modo de adquirir las cosas ajenas, sino también de extinguir las acciones o derechos ajenos. Cobra así los caracteres de una excepción instituída por el derecho civil, que afecta a la "acción" nacida de un vínculo jurídico obligacional, o sea, de una obligación de crédito. Dice al respecto el artículo 2513 del Código Civil que la prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo y concurriendo los demás requisitos legales. Agrega, que se prescribe una acción o derecho cuando se extingue por la prescripción. En efecto, mira la prescripción a extinguir la acción emergente de un derecho que por no haber sido ejercido durante el tiempo establecido por la ley, se supone abandonado por su titular. Esta la causa o razón de ser de la prescripción que se funda en la consideración subjetiva de la negligencia real o supuesta del titular, de que se induce el abandono del derecho. De allí, que para declararla, basta que no se haya ejercido la acción durante cierto tiempo. Lo establece así el artículo 2535 del Código Civil, en cuanto dispone 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. Se cuenta este tiempo desde que la acción se haya hecho exigible.

6. La prescripción liberatoria de las acciones y derechos ajenos se consuma en plazos muy variables que reglamenta el Código Civil. El artículo 2542 establece una prescripción de corto tiempo, tres años, entre otros casos, para el cobro de los honorarios de los médicos, cirujanos y, en general, de los que ejercen cualquiera profesión liberal.

Supuesto lo anterior se llega al punto de determinar desde qué fecha corre la prescripción extintiva. Según los precisos términos del citado artículo 2535 del Código Civil, ésta empieza a contarse a partir del día en que la obligación se haya hecho exigible, o sea, desde que haya acción para demandar el cumplimiento de la obligación. En efecto, la norma citada consagra el criterio savigniano de la actio nata, como punto de partida de la computación de los plazos para la prescripción liberatoria, entendiéndose por tal la simple "posibilidad de obrar", pues, si el acreedor no ejerce su acción, tiene que soportar la consecuencia de que su derecho se prescriba, desde que pudo obrar y no accionó.

En el ejercicio de la profesión de médicos y cirujanos, como en el de toda otra profesión liberal, es de suponer, que si se demanda la prestación del servicio para atender a un paciente, ello se hace con miras a la consecución de un determinado objetivo: curación de una enfermedad o alivio de una dolencia cualquiera. En el desempeño de esa actividad puede suceder que el médico preste sus servicios en forma accidental y aislada, como ocurre en el caso de exámenes, diagnósticos, visitas domiciliarias, o que la asistencia profesional sea casi habitual o se extienda a un lapso de tiempo más o menos largo, por requerirlo así las condiciones personales del paciente y la naturaleza de la enfermedad. En el primer caso no cabe duda de que cada asistencia médica al paciente, realizada ocasionalmente, constituye una prestación única. En cambio, en el otro supuesto, si se atiende a la uniformidad de criterio de los expositores y tratadistas y a la jurisprudencia nacional, se acepta que todos los servicios del profesional constituyen una unidad jurídica, que no se divide en tántos derechos distintos como prestaciones sucesivas hay. En el primer evento, la exigibilidad de los honorarios profesionales y la consiguiente iniciación de la prescripción, se cuenta desde el día en que el servicio se prestó al paciente, es decir, desde la cesación de las relaciones del médico y el enfermo. En el segundo caso dicho lapso de tiempo se cuenta desde que termina definitivamente la prestación de los servicios, bien sea por la curación del enfermo, o por su muerte, o por el retiro del médico.

7. En atención a las peculiares circunstancias que rodean el caso sub judice, por razón del largo período de tiempo que comprende la prestación de servicios del demandante en su calidad de médico, por la diversidad de los mismos, no sólo respecto a su naturaleza sino también en cuanto a los distintos pacientes, se explica la observancia de una conducta rígida y exigente por el Tribunal en cuanto a la prueba de los hechos que sustentan la acción promovida por el médico. Y si ese fue el criterio del Tribunal, su celo al respecto resulta plausible, pues como ha dicho la Corte, en fallo de la Sala de Casación Civil, debe considerarse irregular y criticable "la conducta de los facultativos que van acumulando indefinidamente los tratamientos a un paciente, aun cuando la enfermedad no sea con-

tinua, y aun tratándose de diferentes enfermedades, con interregnos entre unas y otras, dejandò transcurrir los años, para luego sorprender al paciente o a los herederos...". (Casación, noviembre 16 de 1953, Tomo LXXVI, pág. 750).

8. Considera la Corte que si el Tribunal no halló probados todos los servicios profesionales que el demandante afirmó haber prestado, no podía, por ello, dejar de reconocer aquellos que sí están acreditados, so pretexto de que el médico demandante fijó en un número concreto, preciso y determinado de visitas médicas la referida asistencia, pues conforme a la regla establecida en el artículo 210 del Código Judicial, aplicable dentro del proceso laboral, si el demandante pide más de lo que se le debe, el Juez sólo le declara el derecho a lo que pruebe que se le adeuda.

9. Con las declaraciones obrantes en autos se demuestra plenamente la asistencia médica prestada por el demandante a don Ricardo Cubides, consistente en la práctica de visitas y consultas en número no menor de dos por semana, durante todo el tiempo que se indica en la demanda. La testimonial de que se ha hecho mérito acredita igualmente la relación contractual que existió entre las partes, pues una convención de este tipo no requiere prueba escrita para su demostración. Así lo tiene aceptado la doctrina jurisprudencial de la Corte en diversos juicios, tanto de naturaleza civil como laboral, en que ha tenido oportunidad de interpretar y fijar el alcance del inciso 3º del artículo 93 de la Ley 153 de 1887, al decidir situaciones semejantes a la que se contempla en el caso sub judice. En esos fallos se ha dicho que los servicios médicos pueden acreditarse por cualesquiera medios probatorios, incluso la prueba testimonial, aunque su valor pase de quinientos pesos y sin que exista siquiera un principio de prueba por escrito.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., veintisiete de noviembre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A.).

El doctor Marco Tulio Vergara Rey, por medio de procurador judicial, demandó a la sucesión de Ricardo Cubides, representada por el señor Alcides Cubides, en su carácter de Albacea testamentario y de heredero universal y único, para que, previos los trámites de un juicio ordinario laboral, se la condenase a pagarle la suma de $ 152.440.00 "o lo que resultare probado en el juicio" por razón de servicios profesionales, como médico, prestados al causante y a varios familiares y dependientes de éste, por su orden y cuenta, todo en los términos consignados en el libelo de demanda. Pidió, además, condena por "las costas, costos y perjuicios del presente juicio".

Para sustentar la acción relató varios hechos, que pueden sintetizarse así:

Que desde el año de 1934 hasta el año de 1955 el doctor Marco Tulio Vergara Rey prestó sus servicios profesionales, como médico, en forma continuada, al causante, señor Ricardo Cubides. Que por orden y cuenta de éste también prestó servicios profesionales a varios familiares y dependientes de don Ricardo. Que dichos servicios no fueron pagados por el causante, ni tampoco los ha pagado el albacea y heredero universal Alcides Cubides; que don Ricardo falleció en esta ciudad, y que en el Juzgado 4º Civil del Circuito se adelanta el correspondiente juicio sucesorio. Que en las diversas ocasiones en que se trató de la cuenta de los servicios médicos con el señor Cubides, éste manifestó "que posteriormente se arreglaría el asunto", siguiendo así la continuidad de los mismos, pero sin solución.

En el hecho tercero de la demanda se contiene una minuciosa y detallada relación de los servicios profesionales que el doctor Vergara Rey dice haber prestado a don Ricardo Cubides, a su hermana Tulia Cubides y a sus dependientes, con indicación de las épocas, naturaleza de los mismos —visitas, tratamientos, intervenciones quirúrgicas—, y el valor en que estima cada uno de ellos, los que arrojan un total de $ 152.440.00.

Respecto a los servicios profesionales prestados por el actor al propio don Ricardo Cubides, la demanda los clasifica, determina y valora, en forma que pueden resumirse así: 3.014 visitas médicas entre los años de 1934 y 1955, por un valor de $ 120.540.00. Tratamiento pre y postoperatorio, verificado en la Clínica de Marly, en tres días y tres noches, y la operación que se le hizo el 7 de abril de 1948, $ 3.000.00. Tres series de masajes prostáticos, sin indicar fecha, por valor de $ 1.800.00. Atención personal en la Clínica ya nombrada, durante dos días y dos noches, en el año de 1955, cuyo valor estima en $ 2.000.00.

Se afirma en la demanda, que el actor le practicó una visita médica semanal de 1945 a julio de 1951 a la señorita Tulia Cubides, hermana de don Ricardo Cubides, y por cuenta de éste, o sea, 312 visitas en total, por un valor de $ 12.480.

Relaciona la demanda los otros servicios prestados por cuenta de don Ricardo Cubides a varios de sus servidores o dependientes y a familiares de éstos, así:

A *Carmen de Saray,* operación de apéndice, el 18 de diciembre de 1937; atención médica con ocasión de tres partos, así: el 14 de enero de 1936, el 7 de abril de 1939 y el 22 de septiembre de 1943; operación de urgencia, por embarazo ectópico, en mayo de 1953.

A *Antonio Saray,* operación de apéndice, el 16 de febrero de 1943.

A *Graciela Saray,* apendicectomía, en el año de 1952.

A *Hernando Páez,* operación, consultas y tratamiento pre y post-operatorio el 21 de mayo de 1951.

A *Encarnación de Bulla,* atención por aborto, visitas y cuidado post-operatorio, en fecha que no indica.

A *Daniel Bulla,* operación el 3 de febrero de 1953 y consultas antes y después de la operación.

A *Antonio Rojas,* 15 consultas médicas antes de 1953 y 5 consultas a fines de 1954.

A *Teresa de Rojas,* 5 consultas médicas en 1952; operación quirúrgica el 29 de octubre de 1952, y 4 consultas médicas de 1954 a 1955.

A *José Salazar,* operación por una herida en la cabeza en 1946.

A *Patrocinio Herrera,* servicios médicos, incluyendo 25 visitas, de 1946 a 1955.

A *Neftalí Moreno,* consultas y tratamientos en 1949 y 1951; y 11 consultas entre 1954 y 1955. Una varicocectomía a la *señora de Moreno,* en 1952.

A *Avelino Morales,* operación de hernia inguinal, sin indicar fecha; los mismo a *Venancio Lombana.*

A *Marco Rodríguez,* una apendicectomía, sin indicar fecha.

A *Felipe Montaño,* tratamiento en 1955.

Los anteriores servicios profesionales prestados a los dependientes del causante Cubides, de acuerdo con la estimación que de ellos hace el demandante, ascienden a la suma de $ 12.800.00.

Como fundamentos de derecho, invocó "las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, el de Procedimiento del Trabajo, el libro 3º del Código Civil y el Decreto 456 de 1956".

La parte demandada, por medio de apoderado, negó los hechos sustanciales de la demanda; desconoció el derecho invocado y se opuso a que se hicieran las condenas solicitadas por el actor. Además propuso las excepciones de "prescripción", "carencia de acción" y la que resulte de todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación que se demanda, o la declaran extinguida, si alguna vez existió.

Conoció del litigio el Juzgado Sexto del Trabajo, del Círculo Judicial de Bogotá, quien lo decidió por sentencia de 7 de febrero de 1957, mediante la cual condenó a la sucesión demandada a pagar al demandante la suma de $ 131.990.00, "como valor de los servicios médicos prestados a Ricardo Cubides, su familia y sus empleados, durante el lapso comprendido entre 1934 y 1955". Absolvió de "las demás peticiones" formuladas por el actor; declaró no probadas las excepciones perentorias propuestas por la parte demandada y la condenó en costas.

La parte vencida apeló de la sentencia de primer grado. Decidió el recurso de alzada el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, mediante sentencia de fecha 1º de julio de 1957, en la que dispuso:

"1º *Revocar* el punto primero de la sentencia apelada y, en su lugar, declarar probada la excepción perentoria de prescripción respecto de los honorarios correspondientes a los servicios médicos que el doctor Marco Tulio Vergara Rey afirma haber prestado, con anterioridad al treinta de mayo de mil novecientos cincuenta y tres, a la hermana, los dependientes de don Ricardo Cubides y los familiares de dichos dependientes, tal como aparecen discriminados en el libelo de demanda.

"2º *Revocar* el punto segundo de la sentencia apelada y, en su lugar, absolver a la sucesión ilíquida de Ricardo Cubides de la reclamación referente al pago de honorarios profesionales por servicios médicos prestados a don Ricardo Cubides, de acuerdo con la parte motiva de esta sentencia.

"3º *Confirmar* el punto tercero de la sentencia recurrida.

"4º *Revocar* el punto cuarto de la sentencia apelada y, en su lugar, condenar al actor en las costas de la primera instancia.

"5º *Sin costas* en esta instancia".

Las razones expuestas por el Tribunal para fundamentar su decisión pueden resumirse así: que la propia discriminación de los servicios profesionales cuyo pago se reclama, hecha en la demanda por el actor, hace ineludible su aprecia-

ción en dos grupos: los prestados a don Ricardo Cubides y los que corresponden a sus familiares y dependientes. Respecto a los últimos, cada uno de los servicios y tratamientos deben considerarse individualmente, tanto por lo que hace a la causación de los respectivos honorarios como para efectos de fijar el momento en que empezaba a correr el término de la prescripción para el ejercicio de las acciones correspondientes. Que tales acciones se encontraban prescritas en la fecha en que el libelo de demanda fue notificado al representante de la sucesión demandada, con excepción de los servicios que se afirma fueron prestados a Felipe Montaño en 1955 y a Patrocinio Herrera, los cuales no fueron demostrados.

Respecto a los servicios profesionales que el demandante le prestó a don Ricardo Cubides "ocurre anotar —dice el Tribunal— cómo, por escogencia de la parte actora, tales servicios se señalan, principalmente, en un número concreto, preciso y determinado de visitas médicas...", y agrega: "Elegido este enfoque, al demandante correspondía probar, de manera especialmente completa, que tales visitas se practicaron, en el número y con la periodicidad que se señalan en la demanda: plenitud especialísima que se hacía indispensable para desvirtuar a cabalidad la fuerza, en contra de las pretensiones del actor, que poseen una serie de indicios contenidos en los autos". Luego de referirse a las pruebas que acreditan tales hechos indiciarios, expresa: "Para el Tribunal, no aparecen probados, sin embargo, ni con la especialísima plenitud que se estimaba indispensable, pero, ni siquiera en forma menos completa, las afirmaciones de la demanda respecto del número de visitas que se dice haberle practicado el actor a don Ricardo Cubides". Después de analizar y valorar las pruebas aportadas, dice: "El Tribunal, aun aceptando que el doctor Vergara Rey hubiera efectuado un número indeterminado de visitas, no podría señalar en cifra alguna, sin incurrir en arbitraridad manifiesta, la cantidad correspondiente a ellas. Tampoco podría hacer condenación alguna con fundamento en el dictamen pericial, dado que, como atrás se dijo, el perito parte de la base, para su avalúo, de que el doctor Vergara Rey hubiera practicado el número exacto de visitas que expresa la demanda. Respecto, por último, a los tratamientos que se dice haber efectuado el doctor Vergara Rey a don Ricardo Cubides, discriminados también en la demanda, el Tribunal no encuentra demostrado, tampoco, que tales tratamientos hubieran sido efectivamente practicados".

El apoderado del demandante interpuso recurso de casación contra la sentencia del Tribunal, el que le fue concedido. Admitido y tramitado legalmente, la Corte procede a decidirlo, teniendo en cuenta la demanda de casación y el correspondiente escrito de réplica.

El recurso.

Alcance de la impugnación.

Persigue la casación total del fallo recurrido para que, en su lugar, "se confirme plenamente el de primera instancia o, en su defecto, se confirme en lo que se relaciona con los servicios profesionales prestados por el doctor Vergara Rey a los trabajadores de Ricardo Cubides, y en subsidio para que, ajustándose a los términos de la demanda inicial del juicio, se case el fallo acusado, y previo un auto para mejor proveer, la honorable Corte mande pagar a mi representado el valor de los servicios profesionales prestados a Ricardo Cubides hasta el momento de su muerte, tal y como se encuentran probados en el juicio. Igualmente, para que se condene a la sucesión demandada al pago de las costas y gastos del litigio".

Con base en la causal 1ª del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, formula tres cargos, que la Sala estudia conjuntamente, no sólo por invocarse en todos el mismo motivo de casación —violación indirecta de la ley, por aplicación indebida de unas normas y por falta de aplicación de otras, como consecuencia de errores de hecho en la estimación probatoria— sino también por la íntima relación y similitud que existe entre ellos.

Primer cargo.

Lo presenta así: "La sentencia acusada violó indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 2542 y 2535 del Código Civil, y por falta de aplicación los 2144, 2143, 2069, 2063, 2054, 1627, 1634, 1155 y 1008, de la misma obra. Estas infracciones se causaron como consecuencia de errores evidentes de hecho a los cuales llegó el sentenciador por equivocada apreciación y por falta de ella en determinadas pruebas del juicio".

Tales errores de hecho son:

"a) Haber tenido por cierto, contra la evidencia procesal, que la unidad prestacional de los servicios médicos del doctor Vergara podía escindirse para dar una fisonomía a los sumi-

nistrados a trabajadores y familiares del de cujus, y otra a los prestados al mismo Cubides.

"b) Haber admitido, consecuencialmente, y también contra lo demostrado en los autos, que la acción para reclamar los honorarios causados en los servicios prestados a los trabajadores y familiares de Ricardo Cubides, se encontraba prescrita.

"c) No haber admitido, contra la evidencia procesal, que los servicios prestados por el doctor Vergara Rey al señor Ricardo Cubides, tal como se pidieron en la demanda, se prestaron evidentemente".

Como pruebas no apreciadas, indica:

1º El recibo del folio 2, expedido por la Clínica de Marly.

2º El certificado del folio 4, expedido por el Juez 4º Civil de esta ciudad.

3º Los documentos de folios 1, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11, y las diligencias de reconocimiento de los mismos, de folios 61, 87, 77, 78, 58, 56, 84 y 63, respectivamente.

4º La respuesta al hecho 6º de la demanda (f. 34).

5º Las posiciones absueltas por Alcides Cubides (f. 48).

6º Los certificados notariales de folios 70 y 73.

7º La declaración del doctor Venancio Rueda (f. 96).

Pruebas erradamente apreciadas.

Señala como tales:

1º El documento del folio 3 y la diligencia de reconocimiento (f. 54). El testimonio del doctor Ramón Atalaya (f. 55).

2º Las declaraciones de Eduardo Angel, Antonio Saray, Lola Forero Ruiz, José Vicente González, Antonio Rojas, José A. Salazar, Lucila Hello Tovar, Neftalí Moreno, Nicasio Anzola, Uldarico Rincón, Carlos Putman y José de Jesús Rodríguez, de folios 62, 82, 77, 79, 59, 56 v., 85, 64, 67, 93, 94 y 97, respectivamente.

3º Las posiciones absueltas por el doctor Marco T. Vergara Rey "especialmente la marcada con el número 10".

4º La providencia del folio 99.

5º Los dictámenes de folios 106 a 117 y 122 a 125.

Con relación a las pruebas no apreciadas, explica el recurrente que las personas que expidieron y reconocieron los "documentos o constancias" que se determinan en el punto 3º, rindieron también declaración en acto procesal inmediato a tales reconocimientos, por lo que pide que "sus dichos de todo orden se tengan como sindicados de mala interpretación" para el caso de que la Corte considere que se trata de un mismo acto, o que los primeros "hacen parte" de los testimonios respectivos.

En el desarrollo de la acusación, el recurrente hace un análisis de las pruebas que señala como dejadas de apreciar o como erróneamente estimadas por el sentenciador, y afirma: que de las primeras resulta incontrovertible el hecho de que entre el año de 1934 y el de 1955, en que falleció Ricardo Cubides, el doctor Vergara Rey prestó sus servicios profesionales de médico y cirujano, no sólo al propio Cubides, sino además a quienes aparecen como sus trabajadores y familiares. Que esos servicios "son exactamente los mismos que se encuentran detallados en el texto de la demanda principal". Que la relación del demandante con don Ricardo Cubides "constituyó una unidad desde el punto de vista de las personas a quienes debía tratar: al mismo Cubides, a algunos de sus familiares, a sus trabajadores". Que la prestación de los servicios profesionales indicados constituyó una sola relación jurídica entre Vergara Rey y el señor Cubides, y no de varios contratos con objetos ocasionales y diferentes "que por ello mismo permitieran la escogencia hecha por el Tribunal Superior, independiente de la voluntad de las partes". Prosigue el impugnador en el análisis probatorio, especialmente de las declaraciones del médico Ramón Atalaya, de Antonio Saray, chofer que fue del señor Cubides; de Neftalí Moreno, mayordomo del mismo; del doctor Nicasio Anzola y de los señores Carlos Putman y Uldarico Rincón; del auto que decretó oficiosamente la práctica del dictamen pericial, del dictamen mismo y su ampliación, que, en su concepto, se ajustó a lo demostrado en los autos "sin que se le pueda desvirtuar con el pretexto de que él se remitió a la comprobación exacta del número de consultas o visitas practicadas".

Termina el cargo con las siguientes conclusiones:

1ª "Ninguna de las pruebas del juicio indican que don Ricardo Cubides y el doctor Vergara hubieran convenido dos tipos de relaciones jurídicas, una cuyo objeto sería prestar servicios profesionales al causante, y otra cuya finalidad habría de ser prestar esos servicios a trabajadores y familiares del mismo. Por el contrario, to-

das se enderezan a poner de presente el cumplimiento de un solo convenio que englobó el compromiso y la realización de la actividad profesional del doctor Vergara, tanto para el uno como para los otros. Si contra esta evidencia el fallo acusado dedujo una división de relaciones jurídicas, erró en la apreciación de los hechos, hizo decir a los autos lo que ellos no decían, y erró, por tanto, de manera manifiesta y notoria".

2ª "Si contra lo demostrado en el juicio, la sentencia acusada separó los servicios prestados por el doctor Vergara a los trabajadores y a la señorita hermana de don Ricardo Cubides, con el propósito de declarar que la acción para reclamarlos estaba prescrita, erró también de hecho, y de forma visible y protuberante, pues haciendo ellos parte de un solo compromiso jurídico, no podían prescribir sino con la muerte del causante, ya que este hecho puso fin a dicha relación y marcó el momento a partir del cual se hacía exigible el cobro de los honorarios...".

3ª "Haber declarado que los servicios profesionales prestados por el doctor Vergara Rey al señor Ricardo Cubides no estaban probados, cuando todas las pruebas, certificados de clínicas, declaraciones de facultativos, testimonios de empleados, afirman clara e indubitablemente que ellos se prestaron, y cuando aparece en los autos la prueba de su valor, no objetada ni redargüida, constituye un gigantesco error, también notorio y evidente como los anteriores".

Segundo cargo.

Dice que el fallo acusado "violó indirectamente, por falta de aplicación, los artículos 2144, 2143, 2069, 2063, 2054, 1627, 1634, 1155 y 1008 del Código Civil, y por aplicación indebida el número 2542 en relación con el 2535 de la misma obra". Que tal violación se originó en la comisión de errores evidentes de hecho, a los que llegó el sentenciador "por falta de apreciación de unas pruebas y errada interpretación de otras".

Agrega el recurrente: "Se dejaron de apreciar las certificaciones o informaciones privadas de folios 1, 5, 8 y 11, con sus ratificaciones correspondientes, así como las declaraciones de Antonio Saray (fs. 81 a 83), Neftalí Moreno (fs. 64 a 66), Antonio Rojas (fs. 59 a 61) y Nicasio Anzola (fs. 68 y ss.), habiendo ocurrido igual fenómeno con el dictamen pericial y su ampliación, piezas que corren de los folios 106 a 117 y 122 a 125. El texto de la demanda resultó, por otro lado, incorrectamente apreciado".

Como errores de hecho determina los siguientes:

"a) Dar por demostrado, sin estarlo, que la acción o acciones para reclamar el valor de los servicios profesionales prestados por el doctor Vergara a los trabajadores del señor Cubides, se encontraba prescrita el 30 de mayo de 1956, fecha de notificación de la demanda.

"b) Afirmar, contra la evidencia procesal, que los tratamientos y servicios prestados por el doctor Vergara a Felipe Montaño y Patrocinio Herrera, no estaban demostrados en los autos".

Afirma que el Tribunal "no se ocupó en manera alguna de la prueba conducente" para demostrar la actividad profesional del doctor Vergara Rey para con los trabajadores y familiares del señor Cubides, con la sola excepción de los servicios prestados a Montaño y Herrera, en que consideró que "nada se probó"; que en los demás casos se limitó a hacer una comparación entre las fechas señaladas en la demanda y el acto de notificación de la misma, para reconocer la prescripción alegada, y agrega: "No sería, por ello, exagerado ni contrario a la verdad procesal afirmar que, detenido el estudio del caso en este aspecto, sobraba el examen probatorio minucioso, y que por ello, se está dentro de la rigurosa exigencia del recurso al proponer como no examinadas la totalidad de las pruebas atinentes a la cuestión objeto de este cargo". Que por lo que hace a los servicios prestados a Felipe Montaño y a Patrocinio Herrera, "es preciso considerar aquellos elementos de juicio como incorrectamente apreciados".

Es de advertir que el recurrente al desarrollar la acusación se limita a tratar de demostrar el error de hecho a que se refiere el cargo, únicamente respecto a los servicios profesionales que dice fueron prestados por el doctor Vergara Rey a Daniel Bulla (de que da cuenta el documento del folio 1º, expedido por la Clínica de Marly), a Carmen Cotrino de Saray (operación por embarazo ectópico, Clínica Bogotá, en mayo de 1953, folios 5, 81 v. a 83), a Neftalí Moreno (folios 5, 64 a 66) y a Felipe Montaño (folio 66, declaración de Neftalí Moreno y testimonios de Antonio Rojas y Nicasio Anzola). Termina pidiendo que casada la sentencia, la decisión de condena se haga ordenando "el pago de los servicios prestados a los trabajadores a quienes este cargo se contrae".

Tercer cargo.

Acusa la sentencia de violar indirectamente y por falta de aplicación, los artículos 209, 471,

472 y 481 del Código Judicial, en relación con los artículos 2144, 2143, 2069, 2063, 2054 1627, 1155 y 1008 del Código Civil, que no fueron aplicados, siendo aplicables. Tales infracciones se debieron a causa de errores de hecho en que incurrió el sentenciador por falta de apreciación y por errónea estimación de las pruebas que señala.

Errores de hecho:

"A) Haber dado por cierto, contra la evidencia del proceso, que el doctor Vergara Rey redujo su petición al pago de determinado número de consultas, trabajos y tratamientos, como si se tratara de un cuerpo cierto;

"B) No haber tenido por demostrado, estándolo, que el doctor Vergara prestó cierta e indiscutiblemente, y durante veinte años, sus servicios profesionales al señor Ricardo Cubides".

Pruebas erróneamente apreciadas: señala únicamente "el texto de la demanda principal especialmente en su *petitum*".

Pruebas no apreciadas.

Indica las mismas que enunció en el primer cargo y, además, las que allí había señalado como erróneamente apreciadas, las cuales la Sala considera innecesario especificar nuevamente aquí.

El recurrente, luego de transcribir la parte de la sentencia en que el Tribunal analiza las súplicas de la demanda por lo que hace a los servicios prestados a Ricardo Cubides, afirma que el sentenciador no leyó el texto de la demanda con el debido cuidado, especialmente el *petitum*, que transcribe en esta oportunidad, para afirmar que en él se contiene "una acumulación objetiva de acciones, en el género calificado por la doctrina como eventual o subordinada. Por lo que resulta que el actor hizo dos peticiones: una concreta y otra general". Que esta "no podía ser desechada en su estudio, porque su efecto jurisprudencial y legal es precisamente contener la previsión de que la primera pudiera ser desestimada". Que habiendo ocurrido ésto, como lo afirmó en el primer cargo, era deber del fallador entrar en el segundo aspecto para determinar si en verdad hubo o no prestación de servicios profesionales. Que no se hizo así, sino que, por el contrario, se afirmó inexactamente que "la demanda se contrajo a una sola petición", lo cual es abiertamente opuesto al texto del libelo, que contiene la prueba indudable de la acumulación de acciones.

En seguida el impugnador vuelve sobre el análisis probatorio, para afirmar que a través de todo el expediente surge el hecho de que durante veinte años, comprendidos entre 1934 y el 11 de septiembre de 1955, en que falleció el señor Ricardo Cubides, el doctor Vergara Rey, por requerimiento y solicitud suyas, y en todo caso con su aceptación, le prestó servicios profesionales de médico para atenderle varias dolencias y particularmente la afección crónica con períodos agudos consecuenciales de que padecía. Termina el cargo con las siguientes conclusiones:

1ª "Si es un hecho registrado en los autos que la demanda principal formuló dos peticiones acumuladas, el Tribunal Superior de Bogotá, al afirmar que sólo existió una, incurrió en error evidente, que debe ser enmendado por la Corte, aceptando tal acumulación con todas sus consecuencias jurídicas".

2ª "Si contra la evidencia procesal, y como consecuencia natural de aquel error, el mismo Tribunal no consideró que el doctor Vergara había prestado servicios profesionales al causante, erró nueva y evidentemente en los hechos del juicio, y este yerro debe ser igualmente corregido por la Corte, reconociendo la prestación afirmada y ordenando el pago correspondiente".

3ª "Si los errores precedentes se cometieron en el fallo, no hay duda tampoco de que éste quebrantó las dos series de normas indicadas en el cargo: las de procedimiento que lo obligaban al examen, decisión y regulación clara de los servicios prestados, y las sustantivas que establecen su naturaleza, su pago, su regulabilidad cuando no ha existido estipulación entre los contratantes, la aplicación supletoria a esta prestación de servicios, de las reglas del mandato que no le sean contrarias, el hecho de ser responsable de las deudas del causante sus causahabientes a título universal, como lo es, según prueba fehaciente, el señor Alcides Cubides, y finalmente las demás que en su tiempo se puntualizaron".

Finaliza la demanda reiterando la petición de que la sentencia sea casada en su totalidad y se la reemplace por la de primer grado, o bien, "se case y luego de ello se ordene el pago de los servicios a que se refiere el cargo segundo y además el de los prestados a Ricardo Cubides, para lo cual se debe proceder conforme a los artículos 480 y 553 del Código Judicial o 99 del Código de Procedimiento en los juicios del trabajo".

El opositor, por su parte, hace un detenido estudio y análisis de los cargos presentados por el recurrente, y con apoyo en la prueba aducida al proceso, y en la cita de doctrinas sobre la materia debatida, concluye pidiendo se sostenga

el fallo impugnado que se sustenta en razones jurídicas y legales.

Examen de los cargos.

Consideraciones previas.

Para la mejor comprensión de los distintos aspectos que presenta el caso *sub judice*, se considera:

1º La acción intentada persigue el reconocimiento y pago de honorarios por servicios profesionales que el demandante prestó como médico al señor Ricardo Cubides y a otras personas —parientes y servidores de éste— por su orden y cuenta. No se alega vinculación de trabajo subordinado entre las partes. Se trata de servicios prestados por un trabajador independiente.

2º De acuerdo con las piezas procesales, esos servicios ofrecen dos aspectos, a saber: a) La asistencia médica suministrada al señor Ricardo Cubides; b) La prestada a terceros. En el primer caso, su retribución corresponde a quien los contrató y recibió como paciente, esto es, a don Ricardo Cubides, y habiendo fallecido éste sin cubrir su valor, el pago obliga a sus herederos. En el segundo evento, como los terceros que se relacionan en la demanda fueron los beneficiarios de la asistencia médica, tal circunstancia les hace aparecer, *prima facie*, como los deudores contra quienes el profesional acreedor debía ejercitar la acción de condena correspondiente. Sin embargo, demostrado que el señor Cubides requirió la prestación de los servicios profesionales del doctor Vergara Rey, no sólo para sí, sino también para parientes y servidores suyos, y descartada la posibilidad de encuadrar su intervención en favor de esos pacientes dentro del campo de la representación o de la agencia oficiosa, surge claramente su vinculación contractual con el demandante.

Al respecto, la Sala de Casación Civil, en fallo de fecha 6 de abril de 1959, tuvo oportunidad de expresar, en un caso semejante al de autos, lo siguiente:

"Nada se opone a que una persona diferente al paciente pueda contratar los servicios de un facultativo para aquél, no desde el aspecto de la representación o de la gestión de negocios, sino desde el ángulo del interés propio de quien busca los servicios. En efecto, es posible que alguien en desarrollo de móviles de cualquier naturaleza tenga interés en que determinado médico atienda a determinado enfermo. Algo más: principios de solidaridad social muchas veces determinan que por afecto o liberalidad o por cualquier otra causa un individuo auxilie a un enfermo a través de la asistencia médica por él costeada. Diariamente se observa que existen instituciones asistenciales que se encargan de facilitar esta clase de servicios a los que se encuentran necesitados de ellos y carecen de medios para proporcionárselos. Con la tesis absoluta del Tribunal, los médicos y demás profesionales que sirven ocasionalmente a dichas instituciones no podrían cobrarles los honorarios respectivos, pues quien se los requirió no estaría legitimado para responder.

"Lo que ocurre es que toda persona puede contratar con otra la prestación de servicios aunque éstos deban suministrarse no a quien los contrata sino a un tercero, hipótesis en la cual el profesional tiene derecho a que se le cubran sus emolumentos por quien ha requerido su actividad. El contrato en circunstancias normales reúne todos los requisitos para su perfeccionamiento. El consentimiento, el objeto y la causa se configuran como en cualquier otra convención. Se recuerda que no es fundamental que el objeto represente un interés patrimonial para el contratante, pues basta que haya un interés que merezca protección, que en este caso está constituído por la atención prestada a un enfermo respecto al cual quien contrata está ligado por relaciones de diversa índole; por último, no se ve obstáculo para que estas relaciones, que no es menester exteriorizar, determinen la contratación. Bueno es recordar aquí que según el artículo 1524 del Código Civil, no es necesario expresar la causa de los contratos, por lo cual, como lo ha dicho la Corte, "la ley supone en todo caso la existencia de la causa real y lícita de ellos; probada, pues, la obligación, está probada la causa" (G. J., Tomo XLV, página 143). Y por eso, la misma corporación expresa, refiriéndose a la definición de causa que trae la norma últimamente mencionada, esto es, "el motivo que induce al acto o contrato", que "la causa no es exclusivamente el elemento mecánico de la contraprestación, sino que junto a éste hay un móvil indisolublemente ligado a la obligación" (G. J., Tomo XLVII, página 251).

"En síntesis, pudiendo las partes celebrar contratos que no atenten contra el orden público y las buenas costumbres, no se ve inconveniente para que se pueda contratar con un médico prestación de servicios para otra persona, caso en el cual el profesional está en capacidad de hacer efectivo el cobro de sus honorarios a quien lo contrató". (Juicio promovido por el doctor Pedro J. Vallejo contra Pedro P. Ceballos. *Ga-*

ceta Judicial, Tomo XC, número 2210, página 293).

3º Por mandato del Decreto 456 de 1956, el conocimiento de los juicios sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado, se sustrajo de la justicia ordinaria civil para atribuírlo a la del trabajo, cualquiera que sea la relación jurídica o motivo que les haya dado origen. El citado Decreto regula, además de la jurisdicción y de la competencia, el trámite de la vía ordinaria laboral para el juicio de conocimiento de las referidas obligaciones y el procedimiento ejecutivo del trabajo, para su cumplimiento. De allí que esta Sala al fijar el alcance y contenido de ese estatuto legal ha dicho, en fallos anteriores, que según los términos de sus disposiciones, sólo la relación procesal queda sometida al Código de Procedimiento del Trabajo. La relación jurídico-sustancial, conforme a la cual debe decidirse el litigio, será la que en cada caso se establezca como causa del servicio personal independiente.

Como consecuencia de lo anterior, en esta clase de juicios el juzgador no está sujeto al sistema de la tarifa legal que rige el proceso civil, para la valoración y estimación probatoria, sino al de la libre formación del convencimiento, en la forma, términos y con las limitaciones previstas por el artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral, que regula la relación procesal.

4º Se tiene admitido y definido por la doctrina jurisprudencial que no siempre el ejercicio de actividades propias de una profesión liberal significa la prestación de servicios independientes. De ordinario ocurre que los profesionales prestan también sus servicios en forma subordinada o dependiente, mediante vinculación de un contrato de trabajo, en cuyo caso la relación jurídico-sustancial, que determina los derechos y obligaciones de las partes, se regula conforme al Código Sustantivo del Trabajo.

Empero, no es este el caso de autos, pues ya se dijo que no se ha invocado la existencia de contrato de trabajo. El demandante, como trabajador independiente, reclama la retribución por sus servicios profesionales prestados. Siendo esta la causa, el ordenamiento legal conforme al cual debe decidirse el litigio, está regulado por el Libro 4º del Código Civil, y al efecto, el artículo 2114 preceptúa que los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona, respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato. El mismo Código, al reglamentar lo referente al arrendamiento de servicios inmateriales, Capítulo 9º del Título 26, dispone en el artículo 2069 que las disposiciones precedentes se aplican a los servicios que, según el artículo 2144, se sujetan a las reglas del mandato, en lo que no tuvieren de contrario a ellas. Finalmente, por la relación existente entre este último precepto y el artículo 2063, resulta que el ordenamiento contenido en el artículo 2054, relativo a la fijación del precio por la confección de una obra material, es aplicable para la estimación del valor de los servicios prestados por parte de los profesionales. Debe entenderse, sin embargo, que las disposiciones anteriores simplemente determinan las reglas que se deben aplicar para determinar los efectos de las obligaciones que surgen por la prestación, en forma independiente, de servicios que suponen la actividad de profesiones liberales, sin que se modifique su carácter esencial ni su naturaleza propia.

Se estudia la acusación.

Las razones del Tribunal para fundamentar su decisión pueden resumirse así:

Que en el caso *sub lite* se deben estudiar y apreciar, separadamente, los servicios profesionales prestados por el demandante a don Ricardo Cubides y sus familiares y dependientes.

Que respecto a los primeros, habiéndolos indicado el propio demandante "en un número concreto, preciso y determinado de visitas médicas", resulta que "no aparecen probados", "ni con la especialísima plenitud que se estimaba indispensable, pero ni siquiera en forma menos completa". Que tampoco aparecen demostrados los diversos tratamientos médicos que se afirma fueron practicados al mismo señor Cubides.

Que están prescritas las acciones para el cobro de los otros servicios médicos, considerados individualmente con relación a cada paciente de los que se mencionan en la demanda, con la sola excepción de los que se afirma fueron prestados a Felipe Montaño y a Patrocinio Herrera, "los cuales no fueron demostrados".

Sobre el anterior razonamiento del Tribunal, estructura el recurrente los supuestos errores de hecho que atribuye al sentenciador, como consecuencia de haber dejado de apreciar unas pruebas y de haber apreciado erróneamente otras.

La Sala advierte lo siguiente:

En los juicios del trabajo, al igual que en materia civil, son admisibles todos los medios de prueba establecidos en la ley (art. 51 del C. P. L.). El artículo 1757 del Código Civil los hace consistir en instrumentos públicos o privados,

testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido e inspección personal del Juez. Asimismo, en los juicios laborales, al igual de lo que ocurre en el proceso civil, tampoco se dispone de libertad en lo relativo a la aducción y práctica de las pruebas, pues, esa actividad debe sujetarse a las normas que regulan su producción y recepción consignadas en el Capítulo XII del Código de Procedimiento Laboral y, además, a las establecidas en el Título XVII del Libro II del Código Judicial, aplicables a los juicios de la primera clase, a falta de normas procesales en materia del trabajo.

En el caso de autos, el actor acompañó a la demanda varios documentos suscritos por particulares, que no son parte en el juicio, por medio de los cuales éstos "certifican" sobre puntos a que se contraen los hechos de la demanda. Tales piezas obran a folios 1, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11 del cuaderno principal. Dentro del juicio, y a solicitud del demandante, fueron reconocidos, en su contenido y firmas, por los terceros que los suscriben.

Así las cosas, el recurrente, al especificar las pruebas que en su concepto no fueron apreciadas por el Tribunal, señala en los cargos primero y tercero los "certificados" de folios 1, 2, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11; en el segundo los mismos certificados de folios 1, 5, 8 y 11, e indica como erradamente apreciada la certificación del folio 3, en el segundo cargo.

La Sala prescinde de estimar como elementos de convicción los documentos antes relacionados, pues no constituyen medio legal de prueba. En efecto, los "certificados" que se analizan, expedidos por particulares, aunque hayan sido reconocidos judicialmente bajo la gravedad del juramento por sus autores, no son de la clase que se contempla en el artículo 632 del Código Judicial, según el cual hacen plena prueba acerca de su contenido, como documentos auténticos las certificaciones expedidas por los funcionarios autorizados al efecto y en los casos previstos en la ley. La libre apreciación de la prueba, imperante en el proceso laboral, no autoriza al juzgador para admitir, como elemento de convicción, medios no autorizados por el legislador.

Primer error de hecho.

Sobre la determinación del Tribunal de estudiar y apreciar separadamente, como lo hizo, los servicios profesionales prestados por el demandante al señor Ricardo Cubides y los prestados a terceros, por su orden y cuenta, el recurrente estructura el primer error de hecho, pues considera contrario a la evidencia procesal el que pudiera hacerse división de lo que en su concepto constituye una "unidad". Que se trataba y trató de una sola relación jurídica entre el señor Cubides y el doctor Vergara Rey para la prestación de servicios profesionales por parte de éste, tanto a aquél como a sus trabajadores y a algunos de sus familiares, y no de varias relaciones o contratos con objetos ocasionales y diferentes.

Sin duda, es evidente que las partes habrían podido pactar esa unidad de prestación de servicios mediante un contrato, en virtud del cual el doctor Vergara Rey, como trabajador independiente, se comprometiese a prestar su asistencia profesional como médico, tanto al señor Cubides como a sus empleados y a otras personas que éste indicase, en la forma y términos que las circunstancias requirieran, y en que se acordase la forma y cuantía de la retribución, o, a lo menos, se señalasen bases para su regulación posterior. Sin embargo, ocurre que en el caso de autos no aparece demostrado que entre las partes se hubiese estipulado esa convención única. No hay prueba escrita de ello. Toda la prueba aportada al proceso para acreditar las relaciones jurídicas entre demandante y demandado consiste en prueba testimonial, que no permite aceptar los puntos de vista del recurrente. Por el contrario, lo que resulta claramente establecido de ella es que existieron diversos contratos o diversas relaciones jurídicas entre el señor Cubides y el doctor Vergara Rey, según los distintos pacientes a quienes el profesional prestó sus servicios, en distintas épocas y en diversas oportunidades.

Es de advertir, en relación con este aspecto de la acusación, que el recurrente se limita a afirmar que "ninguna de las pruebas del juicio indican que don Ricardo Cubides y el doctor Vergara hubieran convenido dos tipos de relaciones jurídicas", pero olvida que lo acertado y eficaz habría sido señalar completamente las pruebas demostrativas de la existencia de un solo convenio comprensivo de toda la actividad profesional del demandante en la prestación de sus servicios, tanto al señor Cubides como a las otras personas que se indican en la demanda. No obró así el recurrente, seguramente porque no podía hacerlo, ante la inexistencia en el proceso de pruebas que pudiesen acreditar su dicho.

Por lo demás, para proceder como hizo el Tribunal en este punto del fallo que se examina, no se requiere de difíciles raciocinios ni de lucubraciones mentales en la interpretación de la demanda, para poder deducir, afirmar y com-

prender claramente que el propio demandante presenta la relación de sus servicios nó como constitutivos de una sola unidad prestacional, sino de una diversidad en los mismos, por razón de pacientes, de épocas, de tratamientos y de servicios especiales que afirma prestó a don Ricardo Cubides, como a familiares y servidores suyos. Basta, al efecto, una simple lectura de la relación que se contiene en el hecho tercero de la demanda, para llegar a la conclusión de que la argumentación del recurrente es ineficaz por carecer de base y fundamento que acredite sus afirmaciones. Por lo dicho, la Sala no encuentra demostrado el primer error de hecho que se atribuye al juicio del Tribunal.

Segundo error de hecho.

En los dos primeros cargos, el recurrente considera como error del Tribunal el hecho de haber admitido que la acción o acciones para reclamar el valor de los servicios médicos prestados por el demandante a los trabajadores y familiares de Ricardo Cubides estaba prescrita. Al sustentar el primer cargo, dice que el Tribunal incurrió en el vicio anotado, como consecuencia de haber aceptado, contra lo demostrado en el juicio, que podían separarse los servicios médicos prestados al señor Cubides y los prestados a sus familiares y dependientes. En el segundo, señala como causa del error el haber dejado de apreciar las pruebas que indica en el mismo.

Por tanto, el examen de la cuestión propuesta se circunscribe a verificar si realmente incurrió el sentenciador en el error que se le atribuye al declarar prescrita la acción para el cobro de honorarios por servicios prestados a pacientes distintos del señor Cubides, y para ello se considera:

Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 2542 del Código Civil, la parte demandada invocó en su favor la prescripción de las acciones propuestas. La prescripción es, no sólo un modo de adquirir las cosas ajenas, sino también de extinguir las acciones o derechos ajenos. Cobra así los caracteres de una excepción instituída por el derecho civil, que afecta a la "acción" nacida de un vínculo jurídico obligacional, o sea, de una obligación de crédito. Dice, al respecto, el artículo 2513 del Código Civil, que la prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. Agrega que se prescribe una acción o derecho cuando se extingue por la prescripción. En efecto, mira la prescripción a extinguir la acción emergente de un derecho que, por no haber sido ejercido durante el tiempo establecido por la ley, se supone abandonado por su titular. Esta la causa o razón de ser de la prescripción, que se funda en la consideración subjetiva de la negligencia real o supuesta del titular, de que se induce el abandono del derecho. De allí, que para declararla, basta que no se haya ejercido la acción durante cierto tiempo. Lo establece así el artículo 2535 del Código Civil, en cuanto dispone 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. Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible.

La prescripción liberatoria de las acciones y derechos ajenos se consuma en plazos muy variables que reglamenta el Código Civil. El artículo 2542 establece una prescripción de corto tiempo, tres años, entre otros casos, para el cobro de los honorarios de los médicos y cirujanos y, en general, de los que ejercen cualquiera profesión liberal.

Supuesto lo anterior, se llega al punto de determinar desde qué fecha corre la prescripción extintiva. Según los precisos términos del citado artículo 2535 del Código Civil, ésta empieza a contarse, a partir del día en que la obligación se haya hecho exigible, o sea, desde que haya acción para demandar el cumplimiento de la obligación. En efecto, la norma citada consagra el criterio savigniano de la *actio nata,* como punto de partida de la computación de los plazos para la prescripción liberatoria, entendiéndose por tal la simple "posibilidad de obrar", pues, si el acreedor no ejerce su acción, tiene que soportar la consecuencia de que su derecho se prescriba, desde que pudo obrar y no accionó.

En el ejercicio de la profesión de médicos y cirujanos, como en el de toda otra profesión liberal, es de suponer que si se demanda la prestación del servicio para atender a un paciente, ello se hace con miras a la consecución de un determinado objetivo: curación de una enfermedad o alivio de una dolencia cualquiera. En el desempeño de esa actividad, puede suceder que el médico preste sus servicios en forma accidental y aislada, como ocurre en el caso de exámenes, diagnósticos, visitas domiciliarias, o que la asistencia profesional sea casi habitual o se extienda a un lapso de tiempo más o menos largo, por requerirlo así las condiciones personales del paciente y la naturaleza de la enfermedad. En

el primer caso, no cabe duda de que cada asistencia médica al paciente, realizada ocasionalmente, constituye una prestación única. En cambio, en el otro supuesto, si se atiende a la uniformidad de criterio de los expositores y tratadistas y a la jurisprudencia nacional, se acepta que todos los servicios del profesional constituyen una unidad jurídica, que nó se divide en tantos derechos distintos como prestaciones sucesivas hay. En el primer evento, la exigibilidad de los honorarios profesionales y la consiguiente iniciación de la prescripción, se cuenta desde el día en que el servicio se prestó al paciente, es decir, desde la cesación de las relaciones del médico y del enfermo. En el segundo caso, dicho lapso de tiempo se cuenta desde que termina definitivamente la prestación de los servicios, bien sea por la curación del enfermo, o por su muerte, o por el retiro del médico.

Se dijo antes que la prescripción extintiva conforma una excepción que torna ineficaz el crédito y destituye de su acción al acreedor, sin otro requisito que el cumplimiento del plazo fijado por la ley para que ella tenga lugar. Por esto, su admisión y eficacia no dependen de las causas que dieron lugar al nacimiento del crédito, o que podrían influír en su extinción. Determinada la fecha en que la obligación sea exigible, la tarea del Juez se reduce, en los juicios en que se la opone, a verificar la exactitud de la computación del tiempo, y a darla por operada.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala observa:

Contra lo aceptado por el Tribunal, arguye el recurrente, en el primer cargo, que la acción para el cobro de honorarios por los servicios prestados por el doctor Vergara Rey a familiares y dependientes del señor Ricardo Cubides, no está prescrita, pues, dice, haciendo parte esos servicios "de un solo compromiso jurídico" con los prestados al pròpio señor Cubides, "no podían prescribir sino con la muerte del causante, ya que este hecho puso fin a dicha relación y marcó el momento a partir del cual se hacía exigible el cobro de los honorarios". Como se aprecia, toda la argumentación del impugnador parte del supuesto de que en el caso *sub judice* existió "un solo compromiso jurídico", una convención única entre el doctor Vergara Rey y el señor Cubides para la prestación de los servicios médicos a éste y a sus familiares y dependientes. Al verificar el examen del primer error de hecho, se dejó establecido que carecía de respaldo probatorio esa afirmación del recurrente, pues la realidad procesal acredita la existencia de múltiples relaciones jurídicas por causa de la prestación de los servicios del demandante. Por esta razón no se aceptó como configurado dicho error. Así las cosas, resulta ineficaz y sin base toda la argumentación del recurrente.

En efecto, según lo relatado en la demanda, los servicios prestados por el doctor Vergara Rey a familiares y dependientes de don Ricardo Cubides, se hacen consistir en actos aislados, perfectamente especificados y determinados cada uno de ellos, por razón de su clase, naturaleza, fecha de iniciación y de terminación. No hay duda, entonces, que esos servicios dieron origen a distintas relaciones jurídicas, que tuvieron por objeto la asistencia médica a distintos pacientes, mediante visitas, servicios quirúrgicos, etc. Esto mismo es lo que resulta establecido con la prueba testimonial allegada al proceso. Por tanto, no existe dificultad para precisar que, en esos casos y por estos servicios, el plazo de tres años para el ejercicio de la acción de cobro de los honorarios respectivos, se inicia a partir del día en que la asistencia profesional se prestó a cada uno de los pacientes, fecha que el propio demandante señala en la demanda. En tales condiciones y circunstancias no puede admitirse que el lapso de tiempo requerido para la prescripción sólo empezó a correr desde el día de la muerte del señor Cubides, porque el doctor Vergara Rey pudo exigirle su pago inmediato, tan pronto cesó su relación con esos pacientes, presumiéndose negligencia de su parte al no intentar la acción de cobro en su oportunidad legal, si el deudor no pagó voluntariamente.

El recurrente también ataca como irregular la actividad en la estimación probatoria desarrollada por el Tribunal, al declarar la prescripción, pues, dice, "se limitó a hacer una comparación entre las fechas señaladas en la demanda y el acto de notificación de la misma". Para la Sala resulta lógico y acertado el procedimiento adoptado por el *ad quem*, pues como se expresó antes, una vez determinada la fecha en que la obligación se hace exigible, la tarea del juzgador se reduce a comprobar la exactitud de la computación del tiempo requerido por la ley para que opere la prescripción.

Verificada la confrontación de las fechas en que el doctor Vergara Rey prestó los diversos servicios a familiares y dependientes del señor Cubides, indicadas en la demanda, con la fecha de la notificación de ésta, hecho que tuvo lugar el 30 de mayo de 1956, resulta evidente que la acción para el cobro de honorarios por los servicios prestados con anterioridad al 30 de mayo de 1953 estaba prescrita, por haber transcurrido

el término de tres años desde que las obligaciones se hicieron exigibles, exceptuando, únicamente, las relativas a aquellos servicios que, se afirma, fueron prestados con posterioridad al 30 de mayo de 1953, y de los cuales se hará mención y estudio más adelante.

Dice el impugnador que el Tribunal incurrió en el error de hecho anotado, a causa de no haber apreciado las pruebas que señala, y agrega que al analizar la actividad profesional del doctor Vergara Rey "no se ocupó en manera alguna de la prueba conducente a la demostración de la que tuvo ocurrencia para con los trabajadores del señor Cubides y sus familiares, con la excepción de los casos de Montaño y Herrera".

Desde el momento en que el Tribunal admitió la eficacia de la prescripción alegada, es porque encontró demostrados los derechos reclamados en la demanda, ya que esta declaración parte del supuesto necesario de que inicialmente existió un vínculo jurídico obligacional entre el demandante, doctor Vergara Rey, y don Ricardo Cubides, que tenía por objeto la prestación de los servicios profesionales, por parte del primero, a parientes y trabajadores del segundo. Empero, estimó que la acción nacida de tales derechos, había sido afectada, hasta extinguirse, por causa de la prescripción, razón por la cual, la declaró probada y operante respecto al cobro de la remuneración por los servicios prestados a esos terceros, con la sola excepción de la referente a los servicios que, se afirma, fueron prestados a Felipe Montaño y a Patrocinio Herrera, por no encontrarlos demostrados. Cobra fuerza la anterior apreciación, si se tiene en cuenta que la acción y el derecho se hallan íntimamente vinculados y que la declaratoria sobre extinción de aquélla, a causa de la prescripción, conlleva el tácito reconocimiento de que el derecho existió o existe, pero despojado ya de su poder coercitivo, por lo que no puede hacerse efectivo mediante la tutela jurisdiccional del Estado. Resulta, por tanto, ineficaz la argumentación del recurrente en este punto.

Sin embargo, del análisis que precede se concluye que si el Tribunal, para declarar la prescripción de las acciones, reconoció previamente la existencia de los derechos del demandante por sus servicios a esos terceros, con la excepción anotada antes, resulta evidente que se equivocó al declararla respecto al cobro de los servicios prestados con posterioridad al 30 de mayo de 1953, error que se aprecia teniendo en cuenta los mismos elementos de que se sirvió el Tribunal. En efecto, hecha la confrontación respectiva, aparece que al tiempo de la notificación de la demanda no estaban prescritos los derechos del doctor Vergara Rey para el cobro de sus honorarios por los servicios prestados a las siguientes personas:

a) Al señor Antonio Rojas, empleado del señor Cubides, atención de cinco consultas médicas, a fines de 1954;

b) A la señora Teresa de Rojas, atención de cuatro consultas médicas en los años de 1954 y 1955;

c) Al señor Neftalí Moreno, atención de once consultas médicas en los años de 1954 y 1955.

Por tanto, en este punto y respecto a los servicios que se acaban de relacionar, resulta violado el artículo 2542 del Código Civil, por haberlo aplicado indebidamente, y por falta de aplicación el artículo 2144 y los demás que se mencionan en el cargo. Por el aspecto anotado prospera parcialmente la acusación que se estudia y habrá de casarse la sentencia.

No ocurre lo propio, en relación con los servicios prestados por el demandante, doctor Vergara Rey, a Daniel Bulla el día 3 de febrero de 1953, en la Clínica de Marly, consistentes en la práctica de una colecistectomía y consultas antes y después de la operación, y a Carmen Cotrino de Saray, "en mayo de 1953", al practicarle una operación de urgencia, por razón de un embarazo ectópico, respecto a los cuales el recurrente considera que el Tribunal incurrió en error manifiesto de hecho al declarar prescrita la acción para el cobro.

La Sala no se detiene en el examen de este aspecto de la acusación, en consideración a que toda la argumentación del recurrente para demostrar el error, se funda en suposiciones que carecen de todo respaldo probatorio en el expediente, por lo que resulta ineficaz la impugnación.

Tercer error de hecho.

El tercer error que se atribuye a la decisión del Tribunal, y a que se refieren los cargos primero y segundo, se hace consistir en no haber admitido, como probada, la prestación de los servicios del doctor Vergara Rey al señor Ricardo Cubides y a los señores Felipe Montaño y Patrocinio Herrera.

Se advirtió antes que la prueba aportada al proceso para demostrar la relación jurídica que existió entre don Ricardo Cubides y el demandante, doctor Vergara Rey, por razón de los servicios profesionales que éste le prestó a aquél y a otras personas, por su orden y cuenta, con-

siste fundamentalmente en los testimonios rendidos por varias personas que tuvieron conocimiento de los hechos, unos por razón de los vínculos de amistad y aún de parentesco que los unen a las partes de este proceso, otros por haber prestado también sus servicios profesionales al señor Cubides, y los demás, por haber recibido, en su condición de pacientes, los beneficios que les proporcionó la asistencia médica del demandante, siendo ellos trabajadores o dependientes del mismo señor Cubides.

Se dijo también que el Tribunal consideró indispensable que debían ser probados en forma muy completa los servicios que el demandante dice haber prestado al señor Cubides, según la relación que de ellos hace en la demanda, exigencia que no encontró cumplida en el proceso, porque en su sentir no se ha demostrado que las visitas médicas se practicaron en el número y con la periodicidad que señala el demandante, ni que se hubiesen efectuado los tratamientos médicos "con la especialísima plenitud que se estima indispensable, pero ni siquiera en forma menos completa". Al respecto, expresó lo siguiente: "Los declarantes traídos al juicio, con las solas excepciones de los doctores Atalaya y Anzola, cuyos testimonios se analizarán separadamente, o se limitan a asegurar, de oídas, que el doctor Vergara era el médico de don Ricardo Cubides, o afirman, por percepción directa, pero sin ninguna precisión, que cuando visitaban a don Ricardo Cubides encontraban allí al doctor Vergara, o niegan, como lo hacen los testigos Carlos Putman y Uldarico Rincón, la existencia de los servicios profesionales cuyo valor se reclama", y agrega: "La declaración del doctor Atalaya, quien se limitó a reconocer el certificado que obra al folio 3 del expediente, y rehusó ampliar su contenido, no es suficiente a probar, vaga e imprecisa como aparece, que el doctor Vergara Rey hubiera practicado a don Ricardo Cubides el número de visitas que afirma la demanda. El testimonio del doctor Nicasio Anzola, cuyo carácter de pariente cercano del actor no resta mérito a su declaración dentro del sistema de la libre formación del convencimiento, tampoco demuestra que el doctor Vergara Rey hubiera practicado a don Ricardo Cubides el número de visitas que señala la demanda".

En atención a las peculiares circunstancias que rodean el caso *sub judice,* por razón del largo período de tiempo que comprende la prestación de servicios del demandante, por la diversidad de los mismos, no sólo respecto a su naturaleza sino también en cuanto a los distintos pacientes, se explica la observancia de una conducta rígida y exigente por el Tribunal, en cuanto a la prueba de los hechos que sustentan la acción promovida por el doctor Vergara Rey, máxime que éste no acompañó a su libelo de demanda, ni allegó dentro del proceso documento alguno relativo a los tratamientos y asistencia médica prestados a sus pacientes, principalmente al señor Cubides, como hubieran podido ser, entre otros, las historias clínicas y los libros en que los profesionales de la medicina verifican sus anotaciones relacionadas con las consultas, visitas y demás trabajos profesionales que realizan, en donde especifican los días y hasta las horas en que su prestación tiene ocurrencia, documentos que, seguramente, habrían facilitado el dejar más claramente establecida la actividad profesional del demandante, respecto a los pacientes que menciona en su libelo. Y si ese fue el criterio del Tribunal, su celo al respecto resulta plausible, pues como ha dicho la Corte, en fallo de la Sala de Casación Civil, debe considerarse irregular y criticable "la conducta de los facultativos que van acumulando indefinidamente los tratamientos a un paciente, aun cuando la enfermedad no sea continua, y aun tratándose de diferentes enfermedades, con interregnos entre unas y otras, dejando transcurrir los años, para luego sorprender al paciente, o a los herederos, que se encuentran así en imposibilidad de saber muchas veces a qué tiempo se refiere la cuenta, ni a qué enfermedades y tratamientos, cobrándose por consecuencia de la misma acumulación sumas crecidas por honorarios, que fácilmente hubieran podido ser satisfechas en su oportunidad, y no de esa manera, englobados y relativos a períodos de larga duración. Cree la Corte que es necesario reaccionar contra tal sistema de sorpresa, debiendo el Juez, si se logra establecer que no se trata de una sola enfermedad sino de diversas, admitir la prescripción para aquellas partidas relativas a épocas en que el tiempo transcurrido desde que pudiera ser exigible, dé lugar a ello". (Casación, noviembre 16 de 1953, juicio de Jorge Salcedo Salgar contra María Jaramillo v. de Jaramillo, G. J., Tomo LXXVI, página 750).

Sin embargo, en el caso *sub lite,* la Corte estima que si bien no están probados en el proceso todos los servicios y tratamientos que el demandante afirma le prestó a don Ricardo Cubides a partir del año de 1934, y que se prolongaron, con algunos breves y naturales recesos, hasta el día de su muerte, acaecida el 11 de septiembre de 1955, sí aparece acreditada suficientemente parte de esa asistencia médica, como es la relativa a las visitas y consultas que le hizo o atendió

en el tiempo antes indicado. Esa prueba resulta de la testimonial aportada al juicio y principalmente de las declaraciones de Antonio Rojas (f. 59), Neftalí Moreno (f. 63), Antonio Saray (fs. 80 y 81) y de Nicasio Anzola (fs. 67 a 69), que se analizan en seguida:

De la declaración de Antonio Rojas aparece, en definitiva, que el doctor Marco Tulio Vergara Rey "fue médico permanente de don Ricardo Cubides desde mil novecientos treinta y dos hasta cuando se murió don Ricardo", lo que le consta porque siendo él su trabajador o dependiente, siempre que el señor Cubides estaba enfermo "venía yo a verlo", y era el doctor Vergara Rey quien estaba recetándolo, y porque además el propio don Ricardo le decía que su médico tratante era el doctor Vergara Rey. Así aparece al responder al interrogatorio principal y a las preguntas que le formuló el apoderado de la parte demandada, como consta del folio 60 del primer cuaderno.

Neftalí Moreno, quien fue por muchos años mayordomo de las fincas de propiedad de don Ricardo, dice en su declaración que desde el año de 1934 conoce al doctor Marco Tulio Vergara Rey, quien desde esa fecha "fue médico permanente de don Ricardo Cubides"; el mismo declarante, al responder al contrainterrogatorio formulado por el apoderado de la parte demandada, manifestó lo siguiente: "Los exámenes médicos practicados por el doctor Vergara Rey en el consultorio yo no los ví. Pero en la casa sí vi al doctor Vergara Rey actuando como médico, pues yo venía cada ocho días o había veces que venía hasta dos veces en la semana, y me contaban y oía decir que el doctor Vergara Rey atendía a don Ricardo, a don Alcides y a la señorita Tulia cuando estaban enfermos". Más adelante declara lo siguiente: *"Repreguntado:* ¿Categóricamente puede usted afirmar que el doctor Vergara Rey hubiera sido médico de don Ricardo Cubides permanente desde mil novecientos treinta y cuatro hasta mil novecientos cincuenta y cinco? *Contestó:* Sí señor, hasta mil novecientos cincuenta y cuatro y a todos los empleados desde esa época. En cuanto al tiempo que estuvo el doctor Vergara en Estados Unidos eso si no, ni después. *Preguntado:* ¿A usted le consta lo anterior por haberlo visto o porque se lo dijeron? *Contestó:* Por haberlo visto y porque me lo dijeron. Don Ricardo me decía que el doctor Vergara Rey era su médico".

De la declaración del señor Antonio Saray, quien prestó sus servicios como chofer al señor Cubides, sin interrupción desde el año de 1924, aparece lo siguiente: que el doctor Marco Tulio Vergara Rey, a quien el testigo conoce desde hace más de veinte años, "fue el médico de don Ricardo Cubides y le prestó sus servicios profesionales hasta su muerte, la que ocurrió el once de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco" ... "Yo llevaba a don Ricardo Cubides al consultorio del doctor Vergara, situado en la carrera octava con calle veinte (20), para algún tratamiento, esto en varias ocasiones pero con intervalos, lo mismo a la calle 17 con carreras cuarta y sexta, porque allí no hay quinta. El atendió también a la hermana, señorita Tulia Cubides, pues como el doctor Vergara vivía en la misma casa la atendía profesionalmente, también la atendió el doctor Ramón Atalaya". Más adelante expresó: *"Repreguntado:* ¿Por qué le consta que el doctor Marco Tulio Vergara Rey fue el médico permanente del señor Ricardo Cubides? *Contestó:* Porque él vivía en la casa, tan pronto estaba malo el doctor iba a prestarle sus servicios. *Preguntado:* ¿A usted le consta que el doctor Vergara Rey fue médico permanente de don Ricardo Cubides por haberlo visto usted personalmente o porque se lo dijeron? *Contestó:* Me consta que el doctor Vergara Rey, por haberlo visto, le prestaba los servicios médicos a don Ricardo Cubides. *Preguntado:* En forma categórica puede afirmar que esos servicios médicos fueron permanentes desde mil novecientos treinta y cuatro (1934) hasta mil novecientos cincuenta y cinco (1955). Explique las razones de su respuesta. *Contestó:* Sí, mi doctor, el doctor Vergara Rey como el doctor Atalaya, el doctor Cavelier eran los médicos preferidos por él. *Preguntado:* ¿Entonces los médicos que acaba de mencionar también prestaron servicios permanentes al señor Cubides? *Contestó:* Cuando no estaba el doctor Vergara los llamaba a ellos". ..."*Preguntado:* Según lo que usted vio sírvase decirnos, ¿cuántas consultas médicas aproximadamente hacía a don Ricardo Cubides mensualmente? *Contestó:* Había semanas que iba dos veces, otras que iba tres y otras cinco. *Preguntado:* ¿A usted le consta por haberlo visto y presenciado que don Ricardo Cubides visitaba al doctor Vergara Rey para consulta médica, o únicamente le decía don Ricardo que iba a consulta médica? *Contestó:* Yo no lo vi examinar pero él me decía que iba a donde Marco a un tratamiento. *Preguntado:* ¿Con la misma frecuencia que el doctor Vergara Rey don Ricardo visitaba a otros médicos? *Contestó:* No, señor, él iba era con intervalos era (sic) donde el doctor Bernal Tirado, a donde Cavelier y Atalaya de vez en cuando".

El dicho del doctor Nicasio Anzola constituye, a juicio de la Sala, un testimonio de especial importancia, no sólo por las dotes morales e intelectuales del mismo, que son de público consenso, sino además dada la circunstancia de que tiene vínculos de parentesco tanto con el demandante, doctor Vergara Rey, de quien es su suegro, como con el señor Ricardo Cubides, quien era su cuñado. Este parentesco con las partes, dentro del mismo orden, aunque en distinto grado, contribuye en este caso a darle más firmeza a la declaración, por la imparcialidad que se supone para con sus familiares litigantes. Además, la sinceridad y claridad de la exposición elimina toda sospecha que pudiera constituír tacha legal, capaz de invalidar su testimonio. El doctor Anzola en su declaración, expresa lo siguiente:

"Me consta que desde el año treinta y cuatro hasta el cincuenta y cinco el doctor Vergara Rey prestó a mi cuñado Ricardo Cubides, quien vivía con nosotros desde mil ochocientos noventa y seis, año en que me casé, menos unos nueve o diez años que vivió con su familia. El doctor Vergara Rey le prestó sus servicios médicos a Ricardo y a la familia, y además era el médico de toda su servidumbre. Estos servicios médicos eran en forma permanente, porque vivían muy enfermos Tulia y Ricardo, a Alcides también lo recetaba, pero no en forma permanente". Al responder a otra pregunta, ratifica lo dicho antes, de que el demandante recetó a don Ricardo Cubides, a su hermana y a sus trabajadores desde el año de 1934 hasta su muerte. Preguntado si don Ricardo Cubides pagó el valor de sus servicios profesionales al doctor Vergara Rey, manifestó no constarle tal cosa, pues nunca en su presencia, a pesar de vivir en la misma casa, se trató el punto referente al pago de honorarios, y agrega: "eramos una familia que vivía toda en la misma casa y en la más absoluta armonía. Marco vivió con nosotros desde el año cuarenta y ocho para acá, porque Ricardo era un hombre sumamente nervioso, sobre todo de noche, y una vez me propuso que Marco se fuera a vivir a la casa con nosotros para que lo asistiera de noche, era un hombre rarísimo, sumamente nervioso". Preguntado cuál sería la razón para que don Ricardo Cubides no le pidiera la cuenta al doctor Vergara Rey, contestó: "Por las relaciones de familia y porque él era el médico permanente, y no tenía seguridad cuándo se alentaba para pedirle la cuenta". Preguntado: "¿Puede afirmar usted, doctor, categóricamente que el doctor Vergara Rey hubiera sido el médico de don Ricardo Cubides, de sus hermanos y de su servidumbre por haberlo visto usted? Contestó: Claro que sí, por haber vivido con ellos en mi casa por más de cincuenta años".

Con estas declaraciones se demuestra plenamente la asistencia médica prestada por el demandante, doctor Vergara Rey, a don Ricardo Cubides, consistente en la práctica de visitas y consultas, en número no menor de dos por semana, durante todo el tiempo que se indica en la demanda. La testimonial de que se ha hecho mérito acredita, igualmente, la relación contractual que existió entre las partes, pues, una convención de este tipo, no requiere prueba escrita para su demostración. Así lo tiene aceptado la doctrina jurisprudencial de la Corte en diversos juicios, tanto de naturaleza civil como laboral, en que ha tenido oportunidad de interpretar y fijar el alcance del inciso tercero del artículo 93 de la Ley 153 de 1887, al decidir situaciones semejantes a la que se contempla en el caso *sub judice*. En esos fallos se ha dicho que los servicios médicos pueden acreditarse por cualesquiera medios probatorios, incluso la prueba testimonial, aunque su valor pase de quinientos pesos, y sin que exista siquiera un principio de prueba por escrito.

Estima la Corte, además, que si el *ad quem* no halló probados todos los servicios profesionales que el demandante afirmó haber prestado a don Ricardo Cubides, no podía, por ello, dejar de reconocer aquellos que sí están demostrados, so pretexto de que el doctor Vergara fijó en un número concreto, preciso y determinado de visitas médicas la referida asistencia, pues, conforme a la regla establecida en el artículo 210 del Código Judicial, aplicable dentro del proceso laboral, si el demandante pide más de lo que se le debe, el Juez sólo le declara el derecho a lo que pruebe que se le adeuda.

Dice el recurrente, contra lo afirmado por el Tribunal, que sí aparece demostrada en el expediente la asistencia médica del doctor Vergara Rey al señor Felipe Montaño, trabajador de don Ricardo Cubides, consistente en el tratamiento médico correspondiente para una caída de un caballo, lo que tuvo ocurrencia en el año de 1955. La Sala encuentra que tiene razón el impugnador, pues esos servicios aparecen comprobados con la declaración de Neftalí Moreno, de que se ha hecho referencia antes, quien afirma que el doctor Vergara Rey prestó sus servicios, por cuenta del señor Cubides, al citado Montaño, en la hacienda de "La Favorita", ubicada en los Municipios de Madrid y Facatativá, lo

que le consta porque el declarante era el administrador de esa hacienda. Prospera el cargo.

Respecto a los servicios prestados a Patrocinio Herrera, afirma el demandante en el libelo inicial, que esa asistencia médica tuvo lugar "de 1946 a 1955, de manera continua incluyendo veinticinco visitas". El Tribunal no encontró acreditada esta prestación. El recurrente atribuye error evidente de hecho a esta decisión, originado en no haberse apreciado debidamente los testimonios de Antonio Rojas y del doctor Nicasio Anzola. Sobre el particular, el declarante Antonio Rojas se limita a decir lo siguiente: "Me consta que el doctor Vergara Rey recetó a Patrocinio Herrera". Por su parte, el doctor Nicasio Anzola, en su declaración que obra en el expediente, al responder a la pregunta de si era verdad que el señor Ricardo Cubides utilizó los servicios médicos del doctor Vergara Rey para que, por su cuenta y responsabilidad, se atendiera a ciertos dependientes y trabajadores suyos, entre los cuales se cita a Patrocinio Herrera, contestó: "Con respecto a esta pregunta me consta porque como ya lo he dicho, el doctor Vergara Rey era el médico permanente de la familia Cubides y de toda su servidumbre". De acuerdo con lo declarado por estos testigos, podría aceptarse que el demandante sí prestó alguna asistencia médica a Patrocinio Herrera, trabajador del señor Cubides. Sin embargo, es lo cierto que de esa prueba no resulta claramente demostrado en qué consintió esa asistencia, ni en qué fecha del período comprendido entre los años de 1946 a 1955, tuvo ocurrencia. De esta suerte, no hay una base incontrovertible que sirva para establecer con evidencia el error de hecho que se examina. No prospera este aspecto de la acusación.

Todo lo antes expuesto lleva a la conclusión de que el Tribunal se equivocó al apreciar la prueba testimonial aportada al proceso, pues de ella resulta establecido que el doctor Vergara Rey sí prestó sus servicios profesionales a don Ricardo Cubides y a algunos de sus servidores y dependientes, como se ha dejado visto al examinar la acusación formulada contra la sentencia impugnada. De esta manera se evidencia, en parte, el error de hecho que señala el recurrente, y la consiguiente violación de las disposiciones de derecho material que se citan en los dos primeros cargos. Por tanto, se casará parcialmente la sentencia y la Sala proferirá el correspondiente fallo de instancia.

Como el último cargo que formula el acusador persigue la misma finalidad de los dos primeros, que prosperan en la forma que se ha dicho antes, la Sala prescinde de su examen.

Consideraciones de instancia.

Como fundamentos de la decisión de instancia, además de las razones expuestas, al examinar los cargos contenidos en la demanda de casación, se exponen los siguientes:

En el caso *sub lite* no hay reparo alguno qué hacer en relación con la personería de la parte demandada. Se ha indicado como tal, a la sucesión ilíquida del señor Ricardo Cubides, representada por su heredero universal y único, señor Alcides Cubides, a virtud del fallecimiento de aquél, ocurrido el día once de septiembre de 1955, y de haber sido éste instituído en dicha calidad en acto testamentario del causante, y haber sido reconocido así por el Juzgado de la sucesión, hechos de los cuales existe la debida comprobación en el proceso.

Asistencia médica a don Ricardo Cubides.

De acuerdo con la demanda, la atención profesional del doctor Vergara Rey a don Ricardo Cubides consistió en una serie de visitas, consultas y tratamientos médicos, según discriminación que en ella se hace. Al estudiar los cargos, en casación, se vio cómo el Tribunal no encontró demostrados ni unos ni otros de esos servicios. La Corte estimó equivocado el criterio del sentenciador, por el rechazo de los prestados a don Ricardo Cubides, consistentes en consultas y visitas médicas. Por ello, circunscribe el examen de la cuestión a este punto, pues los otros servicios, que se afirma fueron prestados al mismo, no aparecen demostrados.

Del análisis y confrontación de las declaraciones rendidas por Antonio Rojas, Neftalí Moreno, Antonio Saray y del doctor Nicasio Anzola, se llega a la conclusión de que el doctor Vergara Rey sí prestó al señor Cubides asistencia profesional consistente en visitas y consultas médicas, en número no menor de dos por semana, durante todo el tiempo que se indica en la demanda. La Sala fija este número con base en el testimonio de Antonio Saray, quien prestó sus servicios al señor Cubides como chofer, desde el año de 1924 hasta su muerte, en 1955. Dice el testigo, al preguntársele: "¿Según lo que usted vio sírvase decirnos cuántas consultas médicas, aproximadamente, hacía a don Ricardo Cubides mensualmente? *Contestó:* Había semanas que iba dos veces, otras que iba tres y otras cinco". Como podría resultar arbitrario tomar un promedio sin una base adecuada para ello, la Sala considera más justo y equitativo aceptar el mínimo de dos visitas semanales que señala el declarante señor Saray.

El tiempo durante el cual el doctor Vergara Rey prestó asistencia profesional al señor Cubides, según la prueba testimonial llevada al juicio, es el comprendido entre los años de 1934 y 1955, con las breves interrupciones que se señalan en la demanda, así: la primera, del 9 de abril de 1948 hasta el mes de agosto del mismo año; del mes de julio de 1953 al mes de agosto de 1954; la segunda. Como el demandante ni los testigos precisan la fecha exacta del año de 1934, en que inició la prestación de los servicios al señor Cubides, pues únicamente se hace referencia al año, la Sala toma como punto de partida el último día del mes de diciembre de dicho año para efecto de determinar el número de visitas y consultas médicas, sobre la base de dos semanales, que se comprenden durante todo el tiempo de la prestación de servicios. Hechas las operaciones aritméticas, resultan 2.007 visitas y consultas.

El valor de cada visita o consulta médica hecha a don Ricardo Cubides se estimó pericialmente en la suma de $ 35.00, según el dictamen que obra de folios 106 a 117, con sus aclaraciones del folio 122 a 125. La Corte acepta ese dictamen rendido por el perito doctor Manuel Antonio Rueda Vargas, por hallarlo debidamente fundamentado. Hechas las operaciones aritméticas correspondientes, el valor de las visitas y consultas médicas para atender al señor Cubides, asciende a la suma de $ 70.245.00.

Asistencia médica a empleados del señor Cubides.

En casación, se dejó establecido que de los servicios médicos prestados por el demandante, doctor Vergara Rey, a dependientes del señor Cubides, únicamente estaban demostrados los siguientes:

a) Cinco consultas médicas hechas por Antonio Rojas a fines de 1954;

b) Cuatro consultas médicas hechas por Teresa de Rojas, en los años de 1954 y 1955;

c) Atención de once consultas médicas a Neftalí Moreno, en los años de 1954 y 1955;

d) Tratamiento efectuado a Felipe Montaño en el año de 1955, para atenderle a consecuencia de la caída de un caballo.

Respecto a los servicios prestados a otros trabajadores o dependientes del señor Cubides y a algunos familiares de éste, se vio antes que el Tribunal los aceptó, pero declaró prescrita la acción para su cobro. En estas circunstancias, y no habiendo prosperado en casación los cargos tendientes a demostrar que el *ad quem* incurrió en error de hecho al declarar esa prescripción, no es el caso de detenerse más en el examen de este punto, en instancia.

Los servicios médicos prestados por el demandante a las personas que se dejan nombradas en los puntos a), b) y c) equivalen, en total, a veinte consultas médicas, cuyo valor asciende a la suma de $ 400.00, teniendo en cuenta que el perito estimó en la suma de $ 20.00 el valor de cada consulta para estos casos (f. 116). El tratamiento médico efectuado al señor Felipe Montaño fue avaluado por el perito en la suma de $ 40.00 (f. 115).

Prescripción.

Se ha visto antes que la parte demandada alegó la excepción de prescripción, para el caso de declararse probados los derechos que reclama el demandante. Respecto a la atención médica prestada a don Ricardo Cubides, al hacer el estudio en casación, del segundo error de hecho que se formuló contra la sentencia del Tribunal, se dejó claramente establecido el criterio doctrinal de que si la asistencia profesional es habitual, o se extiende a un lapso de tiempo más o menos largo, por requerirlo así las condiciones personales del paciente y la naturaleza de la enfermedad, se acepta el que todos los servicios constituyen una unidad jurídica, para efectos de la exigibilidad de la obligación, y esa fecha de la exigibilidad marca al mismo tiempo la de iniciación de la prescripción. Esta es la situación que plantea el caso de autos, en relación con los servicios prestados por el doctor Vergara Rey directamente a don Ricardo Cubides. Ellos, aparecen como una serie de actos ejecutados en un lapso de tiempo que comprende varios años, porque la enfermedad o las dolencias que éste padecía, de naturaleza crónica, requerían asistencia médica perseverante, según se afirma en la demanda, y aparece demostrado con la prueba testimonial recibida en el juicio de que ya se ha hecho mérito. Las breves interrupciones en el tiempo, no son suficientes a desvirtuar ni romper la unidad jurídica de la relación ni el objeto único de la misma, si se tiene en cuenta que la ley ni la doctrina dicen que no debe haber solución de continuidad para que dichos servicios se consideren como una acreencia única. Lo que dicen los tratadistas, y ha aceptado la jurisprudencia nacional, es que por no ser posible en estos casos que el médico realice su función en una sola visita, consulta o intervención, todos sus servicios se consideran como *una unidad* sin

solución de continuidad, que es cosa bien distinta.

En este evento, el término de tres años para la prescripción se cuenta desde que cesó la prestación de servicios definitivamente, por muerte del paciente, señor Cubides, hecho que tuvo ocurrencia el día once de septiembre de 1955 (f. 73). Confrontada esta fecha con la de la notificación de la demanda, actividad que se cumplió el día 30 de mayo de 1956, resulta claramente que entre una y otra fecha no había transcurrido el término de tres años que la ley exige para que opere la prescripción extintiva de la acción. Por esto, no puede prosperar la excepción de prescripción propuesta en relación con estos derechos del demandante. Igual cosa ocurre en relación con los servicios profesionales prestados a Antonio Rojas, Teresa de Rojas, Neftalí Moreno y Felipe Montaño, de que se ha hablado antes.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa parcialmente* la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Laboral—, en cuanto en el punto 1º declaró probada la excepción de prescripción para el cobro de honorarios por los servicios médicos prestados por el demandante a todos los dependientes y familiares del señor Cubides; en el punto 2º en cuanto absuelve totalmente a la parte demandada de la reclamación referente al pago de honorarios por los servicios prestados a don Ricardo Cubides; y en los puntos 4º y 5º referentes a la condena en costas de las instancias. *Revoca y modifica,* en parte, la sentencia de primer grado, y, en su lugar, condena a la sucesión ilíquida del señor Ricardo Cubides, representada por su albacea y heredero universal, señor Alcides Cubides, a pagar al doctor Marco Tulio Vergara Rey, de las condiciones civiles conocidas en el juicio, la cantidad de setenta mil seiscientos ochenta y cinco pesos ($ 70.685.00) moneda legal, por concepto de los servicios profesionales que como médico le prestó el demandante a don Ricardo Cubides y a sus empleados o dependientes, relacionados en la parte motiva de este fallo, durante el lapso de tiempo comprendido entre los años de 1934 y el once de septiembre de 1955, pago que debe hacer dentro de los tres días siguientes al de ejecutoria de esta sentencia.

Se condena, asimismo, a la parte demandada a pagar el 50% de las costas de primera y segunda instancia.

Se declara no probada la excepción de prescripción, por lo que hace a los derechos reconocidos al demandante en este fallo.

No la casa en lo demás.

Sin costas en el recurso de casación.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SERVICIOS MEDICOS Y CONTRATO DE TRABAJO. DIFERENCIACION ENTRE EMPRESA Y SOCIEDAD. UNIDAD DE EMPRESA. TECNICA DEL RECURSO DE CASACION

1. No hay que confundir los términos sociedad y empresa, porque tienen contenido y alcance sustancialmente diferentes. En qué consiste esta diferencia. — 2. Elemento esencial de la unidad de empresa, conforme al artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, es el que las varias unidades de explotación económica puedan referirse "a una misma persona natural o jurídica". — 3. Las formas directas de infracción legal deben presentarse sin problemas de orden probatorio o de hecho.

1. No hay que confundir los términos sociedad y empresa, porque son de contenido y alcance sustancialmente diferentes. La jurisprudencia laboral ha delimitado con precisión la diferencia que existe entre los dos conceptos en estos términos:

"La sociedad y la empresa son fenómenos jurídicos distintos, pues el primero da nacimiento a la persona jurídica, distinta de la de sus socios individualmente considerados, a vista de lo dispuesto en el artículo 2079 del Código Civil, en tanto que el segundo es toda unidad de explotación económica, al tenor de la definición legal (artículo 194 del Código del Trabajo). La empresa puede pertenecer tanto a una persona natural como a una persona jurídica, sin que en el segundo caso se confunda con ésta ni constituya un nuevo sér jurídico distinto de su dueño. La sociedad mercantil surge a la vida legal previo el lleno de ciertas formalidades (escritura pública de constitución e inscripción en el registro civil y de su extracto en el de comercio, y publicación del mismo dentro de cierto plazo), conforme a lo prescrito en el Código de la materia, mientras que la empresa es simple hecho, que se revela por su actividad en el mundo exterior, según su índole, bastando ella como manifestación de su existencia y como requisito suficiente para los fines de la ley laboral". (Gaceta Judicial, Tomo XCI, página 1189).

2. La Sala considera equivocado el juicio del Tribunal al hacer aplicación del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo al caso sub judice, pues admitiendo que tanto el Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A. como las compañías filiales del mismo, constituyen sociedades diferentes y, por tanto, un conjunto de diversas personas jurídicas, estimó como configurada una unidad de Empresa al analizar las actividades propias de cada una de estas compañías, interpretando, en esta forma, equivocadamente, el verdadero alcance y contenido del citado precepto, que al definir el concepto de Empresa, entiende por tal "toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades económicas similares, conexas o complementarias, y tengan trabajadores a su servicio". No puede remitirse a duda que en el caso de autos la unidad de explotación económica o las varias unidades de igual clase, dependientes del Consorcio y sus afiliados, no pueden referirse a "una misma persona natural o jurídica" que constituye el elemento subjetivo a que se refiere la norma mencionada.

3. Dice el casacionista que hubo aplicación indebida del artículo 194 del Código del Trabajo a un "hecho inexistente". Este hecho es el de la unidad de empresa admitido por el Tribunal. Pero ocurre que este punto constituye la cuestión principal que se debate en la litis y que ha sido materia de encontradas opiniones entre las partes. Luego aparece como hecho discutido y, por lo mismo, no puede servir de base para

una acusación por aplicación indebida de la ley, en la modalidad de la vía directa, porque las formas directas de infracción legal deben presentarse sin problemas de orden probatorio o de hecho, como en repetidas oportunidades lo ha declarado la jurisprudencia laboral.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., catorce de diciembre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C.).

Por medio de apoderado, el doctor José Domingo Goenaga demandó en juicio ordinario a la empresa denominada "Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A.", para que fuera condenada a pagarle: a) El valor de los salarios faltantes para el vencimiento del término presuntivo de su contrato de trabajo, o sea, dentro del período comprendido entre el 3 de junio de 1952 y el 31 de octubre del mismo año, a razón de $ 2.500.00; b) El monto de los salarios por servicios prestados por orden del Consorcio a las siguientes sociedades: Cervecería de Buga S. A.; Cervecería Germania, Rudolf Kohn Ltda.; Cervecería de Ibagué S. A.; Cervecería de Bucaramanga S. A.; Cervecería de Armenia S. A.; Cervecería de Villavicencio S. A.; Cervecería de Neiva S. A.; Cervecería de Girardot S. A.; Cervecería Nueva de Cúcuta S. A.; Distribuidora Bavaria S. A.; Malterías de Colombia; Vidriería Fenicia S. A., y Tapas y Envases S. A., a razón de $ 300.00 mensuales por cada una de ellas, desde el 26 de noviembre de 1948 hasta el 3 de junio de 1952, o computados a base de estimación pericial. En subsidio de este punto, solicitó que la empresa fuera condenada a pagarle la misma suma de $ 300.00 mensuales, o la que se estime pericialmente, entre el 26 de noviembre de 1948 y el 31 de octubre de 1952, por cada una de las sociedades antes relacionadas, a título de indemnización laboral, por violación del contrato, toda vez que la entidad demandada aumentó unilateralmente las funciones a cargo del demandante; c) La suma correspondiente a la cesantía por los servicios prestados a cada una de las compañías antes enumeradas, entre el 26 de noviembre de 1948 y el 3 de junio de 1952, sobre la base de un salario mensual de $ 300.00; d) El valor correspondiente a las primas de beneficios, de servicios y escolar, por trabajos prestados a las sociedades atrás relacionadas; e) Las sumas correspondientes a indemnización por vacaciones no disfrutadas en cuanto se refiere a las empresas distintas del Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A., en la forma liquidada por éste, es decir, incluyendo la prima de vacaciones; f) El valor de los gastos de regreso del doctor Goenaga y de su familia, cuatro personas más, desde Bogotá hasta Barranquilla y el flete de transporte de sus muebles y enseres, y g) Las costas y gastos del juicio.

Los hechos del libelo expresan, en resumen: el doctor José Domingo Goenaga prestó sus servicios como trabajador de planta a la empresa "Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A.", en su calidad de médico titulado, primero en la Seccional de Barranquilla y luego en las oficinas principales de Bogotá. En Barranquilla desempeñó las funciones de médico de la fábrica desde el 1º de mayo de 1945 hasta el 15 de octubre de 1946, fecha en que fue trasladado a Bogotá, con el cargo de Superintendente de Sanidad, y que desempeñó hasta el día 3 de junio de 1952.

El Consorcio de Cervecerías Bavaria es una entidad comercial constituída en forma de Sociedad Anónima, por escritura pública. En los contratos escritos de trabajo celebrados con fechas 17 de junio de 1947 y 20 de septiembre de 1951, entre el doctor José Domingo Goenaga y el Consorcio demandado, representado por el señor José Roldán Castello, se estipuló que el doctor Goenaga prestaría sus servicios a la mencionada entidad, no obstante lo cual, el Presidente de la compañía, señor Julio Jiménez, dispuso por memorando número 17 de 26 de noviembre de 1948, que el doctor Goenaga extendiera la prestación de sus servicios a varias sociedades filiales de la demandada y que aparecen relacionadas al comienzo de esta providencia. Tales sociedades están constituídas cada una independientemente, con directiva propia, con capital autónomo, formado por acciones, llevan su contabilidad separadamente, y hacen también por separado su declaración de renta. Como consecuencia de la determinación patronal, el actor prestó sus servicios adicionalmente a cada una de las seccionales de la empresa, en el período comprendido entre el 26 de noviembre de 1948 y el 3 de junio de 1952, fecha de su retiro.

Ni el Consorcio de Cervecerías Bavaria por sí mismo, ni por conducto de las sociedades filiales ya nombradas, han cubierto salario o remuneración alguna al doctor Goenaga, como consecuencia de los servicios adicionales prestados a ellas, pues sólo recibió lo correspondiente al sueldo que se convino inicialmente por la prestación de sus servicios como empleado del Consorcio. Tanto el doctor Julio Jiménez, en su calidad de Presi-

dente del Consorcio de Bavaria, como los señores Luis Rincón, Revisor Fiscal; Jorge Ferro Mancera, Jefe de Contabilidad, y Jaime Caballero Uricochea, como Secretario del mismo Consorcio, han devengado, además del sueldo estipulado en su contrato de trabajo, los salarios correspondientes a los servicios prestados a cada una de las sociedades filiales de aquél. Como consecuencia de haber sido lesionada la dignidad profesional y personal del doctor José Domingo Goenaga, éste se vio obligado a dar por terminado el contrato de trabajo que tenía celebrado con la entidad demandada, cuando aún le faltaban 4 meses y 27 días para el vencimiento del término presuntivo, reservándose sus derechos a los salarios, prestaciones e indemnizaciones. Todos los médicos de las Cervecerías filiales del Consorcio tenían un sueldo de $ 350.00, con excepción del de Neiva, quien ganaba la suma de $ 280.00, fijada en principio, en atención al número de trabajadores y al menor movimiento.

A todos, sin excepción, se les pagaba la suma de $ 100.00 mensuales por atender a las familias de los trabajadores y $ 50.00 por uso de su consultorio, aparte de que disfrutaban de primas sobre sueldo fijo, de acuerdo con las normas de la empresa. En virtud de haber sido promovido de Barranquilla a Bogotá, para prestar en esta ciudad sus servicios como Superintendente de Sanidad de la demandada, el doctor Goenaga tuvo que trasladarse con su familia, pagando la empresa los gastos de transporte, que comprendieron pasajes para cinco personas y parte de lo invertido en el transporte de muebles. El Consorcio de Bavaria tiene establecidas para sus empleados de sueldo mayor de $ 1.000.00, las siguientes primas: prima escolar de $ 250.00 anuales y prima de vacaciones de $ 200.00, que se entregan al empleado en el momento de entrar a disfrutar de sus vacaciones cada año. Las sociedades filiales del Consorcio tienen también establecida la misma prestación extra legal. Teniendo en cuenta el sueldo devengado por el actor, por la prestación de sus servicios al Consorcio, la naturaleza y extensión de los que prestó a las filiales por orden de la Presidencia de aquél, y lo devengado por los médicos que quedaron bajo la supervigilancia y control del doctor Goenaga en tales entidades, el salario mensual a que adquirió derecho en cada una de ellas debe estimarse en la suma de $ 300.00 mensuales o en la que se señale mediante estimación pericial que tenga en cuenta lo dispuesto por el artículo 144 del Código Sustantivo del Trabajo.

Como fundamentos de derecho se citaron las siguientes normas: artículos 1º, 5º y 11, y demás disposiciones referentes de la Ley 6ª de 1945; artículos 1º, 2º, 3º, 5º, 12, 17 y 20 del Decreto 2127 del mismo año; artículos 22, 23, 24, 27, 32, 37, 47, 55, 57, ordinal 8º, 58, ordinal 1º, 59, ordinal 9º, 62, aparte B, ordinal 6º, 64, 143, 144, 166, 189, 253, 306 y 308 del Código Sustantivo del Trabajo.

Estimó la cuantía de la acción en suma superior a $ 10.000.00.

En la contestación de la demanda se aceptan algunos hechos y se niegan otros. Como razones de su oposición a la prosperidad de aquélla, el Consorcio demandado afirma en síntesis: que al aceptar el cargo de Superintendente de Sanidad el doctor Goenaga se obligó a ejercer funciones generales de dirección y organización de todas las entidades dependientes de la empresa.

Que en el memorando número 17 de 26 de noviembre de 1948 no se consagró ninguna obligación nueva para el demandante, distinta de las estipuladas y que venía cumpliendo, sino que dicho documento consagró por escrito el reglamento y funciones de la dependencia que dirigía el doctor Goenaga, de acuerdo con la práctica. Que el Consorcio de Cervecerías Bavaria constituye con sus filiales una unidad de explotación económica, no sólo porque el patrimonio es el mismo, sino por la unidad de dirección administrativa, técnica y financiera, hecho que conocía el actor desde el día en que entró a ejercer el cargo de Superintendente de Sanidad, y desde el cual ejerció funciones de dirección y supervigilancia de todas las dependencias de la entidad demandada y, finalmente, que no es cierto que el doctor Goenaga hubiese renunciado el cargo que desempeñaba por haber sido lesionada su dignidad personal y profesional.

El Juzgado del conocimiento, que lo fue el Primero del Trabajo de esta ciudad, condenó al Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A., a pagar al doctor José Domingo Goenaga la suma de $ 159.991.29, por los conceptos de salarios, cesantía, primas y vacaciones no disfrutadas, en razón de los servicios adicionales prestados por el demandante a las entidades comerciales de que trata el hecho sexto de la demanda. Absolvió de las restantes súplicas del libelo y condenó en costas a la empresa.

La parte vencida interpuso el recurso de apelación. Al resolver la alzada, el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá revocó en todas sus partes la decisión del *a quo* y, en su lugar, absolvió a la entidad demandada de la totalidad de los cargos formulados en el libelo, declarando sin lugar a costas las instancias.

En su oportunidad el apoderado de la parte demandante interpuso el recurso de casación, el cual fue concedido por el *ad quem*, y admitido y tramitado en legal forma por esta Sala. Corresponde, pues, decidirlo, previo el examen de la demanda que lo sustenta y del escrito de réplica.

Alcance de la impugnación.

El recurrente persigue la casación del fallo del Tribunal y que, en su lugar, se confirme el de primera instancia "o le introduzca las modificaciones cuantitativas que resulten pertinentes, según lo alegado y aprobado (sic) en el juicio".

Sin indicar la causal de casación en que se apoya, el impugnador formula cuatro cargos que pasa examinar la Sala.

Primer cargo.

Se enuncia así:

"Acuso la sentencia por violación de normas sustantivas a causa de error de derecho, según la puntualización y explicación que habré de exponer a renglón seguido.

"No obstante estar legalmente acreditada en los autos la existencia de las sociedades Cervecerías de Buga S. A.; Cervecería Germania-Rudolf Kohn Ltda.; Cervecerías de Ibagué S. A.; Cervecerías de Bucaramanga S. A.; Cervecerías de Armenia S. A.; Cervecerías de Villavicencio S. A.; Cervecerías de Neiva S. A.; Cervecerías de Girardot S. A.; Cervecería Nueva de Cúcuta S. A.; Distribuidora Bavaria S. A.; Malterías de Colombia S. A.; Vidriería Fenicia S. A., y Tapas y Envases S. A., como entidades comerciales independientes, con capital y directiva propios, es decir, como personas jurídicas independientes distintas de los socios que las forman, el Tribunal sentó la conclusión de que se trata de una persona jurídica que bajo la denominación de 'Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A.', comprende a todas las sociedades ya mencionadas".

Luego el casacionista transcribe lo que dijo el Tribunal acerca del punto debatido, y llega a esta conclusión:

"Al tenor del artículo 40 de la Ley 28 de 1931 la prueba irreemplazable de la existencia y personería de una sociedad es el certificado expedido por el Presidente y el Secretario de la respectiva Cámara de Comercio; y de conformidad con lo preceptuado en los artículos 61 y 87 del Código de Procedimiento del Trabajo, se incurre en error de derecho cuando se deja de apreciar una prueba que la ley exige como solemnidad para la validez del acto, siendo el caso de hacerlo. Si, pues, en el proceso se había establecido con esa prueba solemne la existencia y personería de las referidas entidades, le estaba vedado al Tribunal desestimar tal prueba y llegar a la conclusión de que todas esas sociedades formaban una sola, ya que con ello se contrariaba abiertamente, entre otros mandatos, el contenido en el artículo 2079 del Código Civil, según el cual la sociedad es distinta de los socios individualmente considerados".

Finalmente el recurrente enumera las disposiciones que considera violadas por el error de derecho que le atribuye al sentenciador. Son ellas las siguientes: artículos 2079 y 2081 del Código Civil; 194 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida, y 144, ibídem, por falta de aplicación; sostiene asimismo la violación, por falta de aplicación, de los artículos 1º, 5º y 11 de la Ley 6ª de 1945; 1º, 2º, 3º, 12, 17, 20 y 26 —ordinales 3º y 6º— del Decreto 2127 de 1945; 22, 23, 24, 27, 55, 57 —ordinal 4º—, 144, 189, 253, 306 y 308 del Código Sustantivo del Trabajo, y 1546, 1602, 1603, 2018 y 2079 —inciso 2º— del Código Civil, por falta de aplicación.

Segundo cargo.

La acusación está planteada en estos términos:

"Acuso la sentencia como violatoria por interpretación errónea del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo.

"La citada norma consagra la institución jurídico-laboral de la unidad de empresa con la finalidad de que no se aluda por los patronos el reconocimiento y pago de los derechos establecidos legal o convencionalmente, en atención a que el *quantum* de alguno de ellos está sujeto al capital de las empresas, las cuales sólo deben considerarse como una sola, a fin de evitar que mediante un artificioso fraccionamiento se burlen los derechos del trabajador.

"El Tribunal acepta que en el caso *sub judice* se está frente a la figura de la unidad de empresa, pero interpreta la norma contenida en el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo en el sentido de que cuando hay unidad de empresa, el trabajador que contrata con una de las integrantes está obligado a prestar sus servicios a todas las entidades que forman el complejo de la unidad de empresa sin tener derecho a remuneración adicional alguna. Esto constituye una interpretación manifiestamente equivocada

del espíritu de la norma citada que, de consiguiente, fue violada por el expresado concepto.

"Tan notoria equivocación en el entendimiento de este mandato legal sustantivo condujo a violar, igualmente por falta de aplicación, el artículo 27 del Código Sustantivo del Trabajo, en virtud del cual todo trabajador dependiente debe ser remunerado. Por ello, el servicio prestado adicionalmente a las filiales quedaría sin su consiguiente remuneración, cosa a todas luces inaceptable.

"Ahondando sobre estas consideraciones debo destacar que resulta tan errónea la exégesis que ha hecho el seccional del artículo 194, que teniendo éste por objeto garantizar el reconocimiento y pago de determinadas prestaciones, por ejemplo la pensión de jubilación, y las demás comprendidas en el Título IX del Código Sustantivo del Trabajo, se establece la conclusión, en la sentencia recurrida, de que se puede incumplir por el patrono la primera de sus obligaciones, o sea, remunerar el servicio prestado por el trabajador, quizá de mayor entidad que el pago de las consiguientes prestaciones.

"Consecuencia lógica de todo lo anterior es que también quedarán violados por falta de aplicación los mandatos legales que consagran los derechos que sirven de fundamento a las acciones incoadas, o sea, los artículos 1º, 5º y 11 de la Ley 6ª de 1945; 1º, 2º, 3º, 12, 17, 20 y 26 —ordinales 3º y 6º— del Decreto 2127 del mismo año, en el período de su vigencia; 22, 23, 24, 27, 55, 57 (ordinal 4º), 144, 189, 253, 306 y 308 del Código Sustantivo del Trabajo, en el período de su vigencia; 1546, 1602, 1603, 2081 y 2079 (inciso 2º) del Código Civil.

"Presento, pues, este caso de violación conexa del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, como he dicho, por interpretación errónea, y de las últimamente puntualizadas, por falta de aplicación, para que el Tribunal case la sentencia y en su lugar, interpretando correctamente el primero y aplicando debidamente los otros, proceda, como fallador de instancia a decretar las condenas impetradas principal o subsidiariamente por la parte actora o las que en su lugar resulten pertinentes, con base en lo alegado y aprobado en el juicio".

Tercer cargo.

Textualmente dice así:

"Impugno la sentencia por ser violatoria, a causa de infracción directa, de los artículos 194 del Código Sustantivo del Trabajo; 1º, 5º y 11 de la Ley 6ª de 1945; 1º, 2º, 3º, 12, 17, 20 y 26 —ordinales 3º y 6º— del Decreto 2127 del mismo año, en el período de su vigencia; 22, 23, 24, 27, 57 —ordinal 4º—, 144, 189, 253, 306 y 308 del Código Sustantivo del Trabajo, en el tiempo de su aplicación; 1546, 1602, 1603, 2081 y 2079 —inciso 2º— del Código Civil.

"Al considerar el Tribunal que en el caso *sub judice* existe unidad de empresa, constituída por el Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A., y las compañías Cervecerías de Buga S. A.; Cervecería Germania-Rudolf Kohn Ltda.; Cervecerías de Ibagué S. A.; Cervecerías de Bucaramanga S. A.; Cervecerías de Armenia S. A.; Cervecería de Villavicencio S. A.; Cervecería de Neiva S. A.; Cervecería de Girardot S. A.; Cervecería Nueva de Cúcuta S. A.; Distribuidora Bavaria S. A.; Malterías de Colombia S. A.; Vidriería Fenicia S. A., y Tapas y Envases S. A., violó por aplicación indebida el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto lo aplicó a un hecho inexistente. Esta es una de las modalidades del concepto de aplicación indebida, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, compartida por el Tribunal Supremo del Trabajo. (Gaceta del Trabajo números 17 a 28; págs. 494 a 496).

"Como consecuencia de esta aplicación indebida el *ad quem* infringió también, por falta de aplicación, los artículos 194 del Código Sustantivo del Trabajo; 1º, 5º y 11 de la Ley 6ª de 1945; 1º, 2º, 3º, 12, 17, 20 y 26 —ordinales 3º y 6º— del Decreto 2127 del mismo año, en el período de su vigencia; 22, 23, 24, 27, 57 —ordinal 4º—, 144, 189, 253, 306 y 308 del Código Sustantivo del Trabajo, en el tiempo de su aplicación; 1546, 1602, 1603, 2081 y 2079 —inciso 2º— del Código Civil.

"Presento este caso de violación conexa de disposiciones laborales de orden sustantivo para que el Tribunal case la sentencia recurrida y, en su lugar, convertido en sentenciador de instancia, decrete el pago de los salarios y prestaciones motivantes de la demanda, bien sea a base de salarios o de indemnización laboral, en la cuantía que resulte pertinente, según lo alegado y probado".

Cuarto cargo.

En este cargo se indican como violadas, por errores de derecho y de "ostensibles errores de hecho provenientes de la falta de apreciación y de apreciación errónea de elementos probatorios", las mismas disposiciones legales que se

enumeraron en el cargo anterior, con la única excepción de que no se acusa como infringido el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, lo que sí se hace en la acusación precedente.

Se le atribuye error de derecho al Tribunal por no haber apreciado los certificados de la Cámara de Comercio de Bogotá (fls. 1 a 67 del cuaderno número 2).

En cuanto a las pruebas no apreciadas se señalan como tales las siguientes:

a) "La confesión contenida en la contestación a la demanda en cuanto en ella se admitió que los servicios prestados por el doctor José Domingo Goenaga fueron en virtud de contratos celebrados con el Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A. (folio 12, cuaderno número 1). Como se ha visto, la entidad denominada Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A., es una sociedad comercial independiente y distinta de las sociedades mencionadas en el hecho 6º del libelo".

b) La confesión contenida en la respuesta dada al hecho décimotercero de la demanda inicial (fl. 13), en donde se acepta la remuneración de los médicos de las otras cervecerías vinculadas a Bavaria consistente en un sueldo de $ 350.00, con excepción de la de Neiva, que era de $ 280.00, además de $ 100.00 que recibían por atención a los familiares de los trabajadores y de $ 50.00 "por el uso del consultorio".

c) La cláusula octava del contrato de trabajo celebrado entre las partes, el 17 de junio de 1947 (fl. 68), que dice:

"Octava. Toda variación que pueda ocurrir en cuanto a la remuneración estipulada para el empleo y cualesquiera modificaciones que en el futuro llegaren a acordar las partes, se harán constar al pie del presente documento, bajo sus firmas, o por medio de cartas cruzadas entre las mismas partes contratantes".

d) "El memorando número 17 de 26 de noviembre de 1948, visible a folios 82 y 83 del cuaderno número 2, por medio del cual el Presidente del Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A., unilateralmente modificó las condiciones iniciales del contrato de trabajo celebrado con el actor, y le impuso nuevas obligaciones que debían ser cumplidas en virtud de una nueva organización...".

e) "Los documentos legajados que forman los cuadernos 4 y 5 del expediente, con los cuales se acredita que el actor hasta el 28 de noviembre de 1948 desempeñó unas funciones manifiestamente distintas y menores en calidad, cantidad e intensidad a las ejecutadas con posterioridad a tal fecha".

f) "Las actas correspondientes a la inspección ocular, practicada por el Juzgado del conocimiento desde el veintiséis de febrero de mil novecientos cincuenta y tres (1953), visibles a folios 43 a 79, cuaderno número 1, con las cuales se acredita, en forma plena, que los señores Julio Jiménez, Luis Rincón, Jaime Caballero Uricoechea y Jorge Ferro Mancera desempeñaron los cargos de Presidente, Revisor Fiscal, Secretario y Jefe de Contabilidad, respectivamente, tanto en el Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A., como en cada una de las sociedades enumeradas en el hecho sexto de la demanda, y que, además de los sueldos, primas y bonificaciones que devengaron en el Consorcio, también tuvieron sueldos, primas y bonificaciones a consecuencia de las actividades que desempeñaron en las otras trece (13) sociedades, llamadas filiales".

g) "El dictamen pericial visible a folios 83 a 89 del cuaderno número 1, rendido por el doctor José Sánchez Sanz, dictamen no objetado por las partes, y con el cual se establece la proporcionalidad que debe existir entre las remuneraciones adicionales devengadas por los señores Julio Jiménez, Luis Rincón, Jaime Caballero Uricoechea y Jorge Ferro Mancera, y la que debe corresponder al demandante por el mismo concepto, si se acogen por la justicia laboral los puntos y hechos fundamentales de la demanda".

i) El recurrente hace alusión a una copia de una acta de audiencia pública, que aparece en autos, en negocio adelantado por Carlos Roberto Jiménez Carrasco contra la entidad demandada, en que ésta "propuso la excepción dilatoria de inepta demanda fundándola en el hecho de estar la correspondiente acción dirigida contra persona distinta de la obligada a responder en el juicio, en los siguientes términos:

"1º Porque como lo ha acreditado el señor apoderado del demandante con documento que obra a folios 7 del expediente, de fecha 13 de septiembre de 1951, el señor Jiménez era trabajador de Vidriería Fenicia Ltda. y no del Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A., *entidades éstas que son absolutamente distintas;* (el subrayado es del recurrente).

"2º Porque siendo Vidriería Fenicia una sociedad limitada, como consta en la certificación a que se hace referencia en el punto anterior, no se ve cómo se puede, desde el punto de vista legal, pretender que sea el Consorcio de Cerve-

cerías Bavaria S. A., quien responda de las obligaciones que haya contraído aquélla'' (folios 106 y 107, c. 1).

Se menciona también por el recurrente el poder otorgado por la sociedad demandada al doctor Fabio Arango Mejía en juicio promovido por Max Puschel contra aquélla, en el cual dicho profesional propuso la misma excepción dilatoria de que se habla en el párrafo anterior, fundándose en los mismos argumentos ya relatados. También trae a colación el impugnador el fallo proferido por el Tribunal Supremo del Trabajo, de fecha 17 de diciembre de 1952, en el juicio seguido por el mismo señor Puschel, el cual fue favorable al Consorcio ''por haber triunfado la tesis de que se trataba de dos entidades distintas''.

Como pruebas erróneamente apreciadas, el casacionista menciona:

''1º El contrato que consta en el documento visible a folio 69 del cuaderno número 2, en cuanto del mismo aparece que el actor celebró contrato de trabajo, exclusivamente, con la persona jurídica denominada 'Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A.' '', y

2º Los mismos certificados de la Cámara de Comercio de Bogotá de folios 1 a 67, que ya fueron mencionados como fundamento del error de derecho.

Finalmente, los errores se concretan así:

''A consecuencia de la falta de apreciación y de la apreciación errónea de las pruebas, en la forma que dejo explicada, el Tribunal incurrió en los siguientes errores de hecho:

''a) Concluír en que el Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A., y las sociedades mencionadas en el hecho 6º de la demanda, forman una sola persona jurídica;

''b) Considerar que el demandante Goenaga estaba obligado, sin derecho a remuneración, a prestar servicios no sólo al Consorcio sino a cada una de las expresadas compañías, y

''c) Estimar que no hubo violación del contrato de trabajo sino que éste se cumplió siempre por el patrono, con sujeción a las normas contractuales''.

Se examinan los cargos:

Primer cargo.

Se considera:

Como es fácil apreciar el error de derecho, lo concreta el recurrente en la desestimación que hizo el *ad quem* de la prueba solemne que acredita la existencia y personería de las sociedades que menciona al comienzo del cargo. De manera, pues, que resulta cuestión fundamental de la acusación en examen poder precisar si en verdad el Tribunal incurrió en la anotada omisión. Para el efecto, es necesario remitirse a la decisión impugnada y ocurre que en ella aparecen los siguientes pasajes:

''Conviene entonces analizar cuál es la estructura jurídica y económica del Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A., y la posición en que se encuentran las filiales respecto de la sociedad matriz.

''Figuran en autos certificados de la Cámara de Comercio de Bogotá sobre la existencia de las siguientes sociedades: Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A. (fls. 1 a 25, C. 2); Cervecería Germania, Rudolf Kohn S. A. (fls. 26 a 28, ibídem); Cervecería Ibagué S. A. (fls. 29 a 31 ibid.); Cervecería Bucaramanga S. A. (fls. 32 a 35 ibid.); Cervecería de Armenia S. A. (fls. 36 a 38 ibid.); Cervecería de Villavicencio S. A. (fls. 39 a 41 ibid.); Cervecería de Neiva S. A. (fls. 42 a 44 ibid.); Cervecería de Girardot S. A. (fls. 45 a 48 ibid.); Cervecería Nueva de Cúcuta S. A. (fls. 49 a 53 ibid.); Distribuidora Bavaria S. A. (fls. 54 a 56 ibid.); Malterías de Colombia S. A. (fls. 57 a 60 ibid); Vidriería Fenicia Ltda. (fls. 61 a 63 ibid.); Cervecería de Buga S. A. (fls. 64 a 67 ibid.), y Tapas y Envases S. A. (fls. 113 a 116 ibid.)''. (Folios 239 y 240).

Seguidamente el sentenciador, entre los folios 240 a 244 hace la discriminación de cómo está compuesto el capital de las distintas sociedades destacando la preponderancia de los aportes del Consorcio en cada una de las filiales.

De conformidad con lo anterior, resulta infundada la afirmación de que el Tribunal desestimó las cuestionadas pruebas.

Otro aspecto de la acusación expresa que al desestimar tales pruebas el Tribunal llegó a la conclusión de que ''todas esas sociedades formaban una sola, ya que con ello se contrariaba abiertamente, entre otros mandatos, el contenido en el artículo 2079 del Código Sustantivo, según el cual la sociedad es distinta de los socios individualmente considerados''.

Tampoco es afortunada esta otra crítica del impugnador al fallo acusado por razón de que lo manifestado por el sentenciador es lo siguiente:

''Como en realidad las varias unidades, subdivisiones, seccionales o filiales dependen de la misma persona jurídica bajo la razón 'Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A.', y todas ellas

corresponden a actividades económicas similares, conexas o complementarias, que tienen trabajadores a su servicio, no puede remitirse a duda que se está en presencia de una sola empresa ante el texto del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo''.

Se aprecia, pues, que el Tribunal habla de una sola empresa no de una sola sociedad. No hay que confundir los términos sociedad y empresa, porque son de contenido y alcance sustancialmente diferentes. La jurisprudencia laboral ha delimitado con precisión la diferencia que existe entre los dos conceptos en estos términos:

''La sociedad y la empresa son fenómenos jurídicos distintos, pues el primero da nacimiento a la persona jurídica, distinta de la de sus socios individualmente considerados, a vista de lo dispuesto en el artículo 2079 del Código Civil, en tanto que el segundo es toda unidad de explotación económica, al tenor de la definición legal (artículo 194 del Código del Trabajo). La empresa puede pertenecer tanto a una persona natural como a una persona jurídica, sin que en el segundo caso se confunda con ésta ni constituya un nuevo sér jurídico distinto de su dueño. La sociedad mercantil surge a la vida legal previo el lleno de ciertas formalidades (escritura pública de constitución e inscripción en el régistro civil y de su extracto en el de comercio, y publicación del mismo dentro de cierto plazo), conforme a lo prescrito en el Código de la materia, mientras que la empresa es simple hecho, que se revela por su actividad en el mundo exterior, según su índole, bastando ella como manifestación de su existencia y como requisito suficiente para los fines de la ley laboral''. (Sentencia de fecha doce de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve. *Gaceta Judicial*, XCI, pág. 1.189).

Ha quedado analizado, pues, que el Tribunal no ha desconocido la existencia legal de las distintas sociedades que aparecen como filiales del Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A., hecho que resulta evidente, de acuerdo con los certificados y demás piezas documentales que cita el recurrente. Lo que el *ad quem* sostiene como tesis fundamental del fallo es la existencia de una unidad de empresa entre el referido Consorcio y sus filiales, cuestión bien distinta a desconocer la existencia legal de cada una de ellas. Las pruebas que el recurrente menciona en el cargo que se estudia, servirían para acreditar la existencia de un error de derecho, en el evento de que el sentenciador hubiese desconocido la existencia legal como personas jurídicas de cada una de las sociedades filiales del Consorcio Bavaria, en cuyo caso el cargo estaría bien orientado. Pero no siendo ésta la situación jurídica que se contempla en la decisión del Tribunal, resulta inoperante combatir lo que no se sostiene en esa pieza.

No obstante lo anterior, la Sala sí considera equivocado el juicio del *ad quem* al hacer aplicación del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo al caso *sub judice*, pues admitiendo que tanto el Consorcio de Bavaria S. A. como las compañías filiales del mismo, constituyen sociedades diferentes y, por tanto, un conjunto de diversas personas jurídicas, estimó como configurada una unidad de empresa al analizar las actividades propias de cada una de esas compañías, interpretando, en esta forma, equivocadamente el verdadero alcance y contenido del citado precepto, que al definir el concepto de empresa, entiende por tal ''toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes *de una misma persona natural o jurídica*, que correspondan a actividades económicas similares, conexas o complementarias, y tengan trabajadores a su servicio''. No puede remitirse a duda que en el caso de autos la unidad de explotación económica o las varias unidades de igual clase, dependientes del Consorcio y sus afiliados, no puedan referirse a ''una misma persona natural o jurídica'' que constituye el elemento subjetivo a que se refiere la norma mencionada. Siendo esto así el cargo debió formularse de manera idónea por vía directa y alegando errónea interpretación del precepto aludido, cuestión que no hizo el recurrente. Por esto la Sala se limita a hacer las consideraciones anteriores para rectificar el error doctrinario en que incurrió el *ad quem* en este punto.

Por otro lado, el problema del *sub lite* no había para qué referirlo al concepto de unidad de empresa. Bastaba para resolverlo considerar que quien contrató los servicios del demandante fue Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A., entidad constituída por las distintas sociedades mencionadas en el cargo y que los servicios los prestó el actor por orden de los representantes o directivos del Consorcio a las sociedades filiales del mismo que concurren a formarlo.

Por todo lo expuesto, la Sala no ha encontrado configurado el evidente error de derecho ni las consecuenciales infracciones legales que se le imputan a la sentencia recurrida.

Segundo cargo.

Se considera:

Para la mejor comprensión del problema jurídico contemplado en el cargo, conviene dar a conocer los puntos de vista del Tribunal que lo llevaron a la conclusión de que en el *sub lite* existía la unidad de empresa. Después de exponer su pensamiento acerca de la situación económica de las sociedades filiales frente a la principal, lo cual aparece transcrito en pasaje visible en el estudio del primer cargo, el fallador manifiesta:

"Esta comprobación aparece clara y terminante en el sentido de que el Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A. constituye una sola empresa que explota un ramo económico especializado mediante la subdivisión de su actividad en varias seccionales con denominación propia, pero sin independencia de la unidad centralizante y centralizada que reúne en un solo toda la organización económica representada por el mismo personal directivo en busca de la misma finalidad común. Este sistema interno obedecerá a razones varias de su propia incumbencia, pero no es el caso de ensayar su análisis porque para los extremos de la litis apenas se trata de saber si las subdivisiones anotadas le hacen perder su unidad al consorcio o sólo le dan su fisonomía como tal.

"Como en realidad las varias unidades, subdivisiones, seccionales o filiales dependen de la misma persona jurídica bajo la razón de "Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A.", y todas ellas corresponden a actividades económicas similares, conexas o complementarias, que tienen trabajadores a su servicio, no puede remitirse a duda que se está en presencia de una sola empresa ante el texto del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo". (Folios 244 y 245).

El aspecto central de la acusación radica en que el recurrente considera una interpretación errónea del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, la apreciación que le atribuye al Tribunal de que "cuando hay unidad de empresa, el trabajador que contrata con una de las integrantes está obligado a prestar sus servicios a todas las entidades que forman el complejo de la unidad de empresa, sin tener derecho a remuneración adicional alguna".

Observaciones de la Corte.

Teniendo en cuenta lo afirmado por el recurrente, la Sala estima que no es exacto que el *ad quem* sostenga, como lo expone el recurrente, que cuando se contrata "con una de las integrantes" de la unidad de empresa, el trabajador "está obligado a prestar sus servicios a todas las entidades que forman el complejo de la unidad de empresa". Lo que el *ad quem* dice es lo siguiente: "Si, como aparece, el doctor Goenaga celebró contrato de trabajo con la compañía matriz para prestar servicios como Superintendente de Sanidad de la empresa, la estipulación debe interpretarse en su sentido propio, o sea que el actor se obligó a laborar para toda la entidad económica constituída por la sociedad principal y sus filiales, puesto que si el querer de los contratantes hubiera sido otro, necesariamente habrían determinado en forma expresa a cuál o a cuáles de aquellas sociedades subordinadas debía servir el demandante y a cuáles otras no".

Se aprecia, pues, que el Tribunal habla del contrato celebrado con la compañía matriz y no, como lo dice el impugnador, con una cualquiera de las integrantes del complejo de la unidad de empresa. Ante esta falla de la parte sustancial del cargo en examen no hay duda que se desvertebra toda la argumentación del mismo.

Por lo demás, en lo anotado por el recurrente no estriba la interpretación errónea del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo por parte del sentenciador sino en las observaciones que hizo la Sala al finalizar el examen del cargo anterior. Pero como por este aspecto no ha sido formulado el ataque del casacionista, no queda otro camino que mantener la decisión recurrida. El cargo no prospera.

Tercer cargo.

Se considera:

En el enunciado del cargo se habla de infracción directa del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo y de las otras normas acusadas; y en su desarrollo se sostiene aplicación indebida de aquél. Más todavía, en el penúltimo párrafo del cargo que se ha transcrito en su totalidad se comienza por afirmar: "Como consecuencia de esta aplicación indebida, el *ad quem* infringió también, por falta de aplicación, los artículos 194 del Código Sustantivo del Trabajo...", es decir, que ha debido aplicarse la citada disposición.

Observaciones de la Corte:

a) Entiende la Sala que lo que ha pretendido plantear el recurrente es el concepto de aplicación indebida de la ley por el modo directo. Sin embargo, aceptando esta forma de acusación, no deja de apreciarse una contradicción cuando al final de la misma manifiesta que hubo infrac-

ción del mismo artículo 194 citado, por falta de aplicación. No es acertada esta aseveración porque, precisamente, lo que hizo el sentenciador fue darle aplicación a la referida norma.

b) Es pertinente otra objeción al cargo. En efecto, en él se dice que hubo aplicación indebida del artículo 194 a un "hecho inexistente". Este hecho es el de la unidad de empresa admitido por el Tribunal. Pero ocurre que este punto constituye la cuestión principal que se debate en la litis y que ha sido materia de encontradas opiniones entre las partes. Luego, aparece como hecho discutido y, por lo mismo, no puede servir de base para una acusación por aplicación indebida de la ley, en la modalidad de la vía directa, porque las formas directas de infracción legal deben presentarse sin problemas de orden probatorio o de hecho, como en repetidas oportunidades lo ha declarado la jurisprudencia laboral.

Las consideraciones anteriores ponen de presente que no se ha demostrado adecuadamente la infracción del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, ni tampoco de las otras disposiciones acusadas. Por consiguiente, el cargo no prospera.

Cuarto cargo.

Se considera:

Una observación inicial debe hacer la Sala en relación con las normas que el recurrente cita como infringidas: no se indica como violado el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, que es el soporte principal de la sentencia impugnada. La omisión no aparece involuntaria porque acontece que al comienzo del cargo se enumeran todas las disposiciones que se consideran quebrantadas, y al final del mismo se repiten esas disposiciones sin que en ninguna de las dos oportunidades se precise la violación del mencionado artículo 194. Es grave esta omisión porque, como antes se dijo, en el citado precepto radica la vertebración esencial de la decisión recurrida.

No obstante la falla anterior, la Sala estudia los distintos errores que el recurrente puntualiza.

Error de derecho. Vuelve el casacionista a insistir en que el Tribunal no tuvo en cuenta los certificados de la Cámara de Comercio de Bogotá que acreditan la existencia y personería de las sociedades vinculadas al Consorcio demandado. Ya en el examen del primer cargo tuvo oportunidad la Sala de demostrar que el *ad quem* sí consideró, y en forma amplia, los cuestionados certificados. Son pertinentes, pues, para definir este punto las razones expuestas para resolver el primer cargo.

Pruebas no apreciadas.

a) Confesión de la entidad demandada acerca de los servicios que le prestó el doctor Goenaga y los contratos con él celebrados.

Observa la Sala:

Carece de todo fundamento el error por falta de apreciación de la prueba relacionada en el punto en estudio porque, como ya se vio por transcripción que se hizo en el examen del segundo cargo, el Tribunal tiene en consideración los distintos contratos de trabajo celebrados entre las partes, lo que se demuestra, por ejemplo, cuando dice en uno de los pasajes de la parte motiva: "Si tal restricción en las facultades del doctor Goenaga (se refiere a las funciones del nombrado facultativo con las filiales del Consorcio) no figura en ninguno de los contratos que celebró en dos oportunidades (fs. 68 y 69, C. 2), sino antes bien, el propio actor solicitó...".

Luego sí fueron apreciados los contratos de que habla el recurrente como no estimados.

b) Confesión acerca de lo devengado por los médicos de las filiales.

Observa la Sala:

Respecto de esta prueba se sostiene que no fue apreciada por el Tribunal. Sin embargo, tácitamente fue considerada por el *ad quem* desde el momento en que llegó a la conclusión de que se trataba de una sola empresa y que la remuneración convenida con el Consorcio cubría la de las entidades que forman parte de ese núcleo patronal.

c) No apreciación de la cláusula octava del contrato de folio 68 del cuaderno número 2, que trata de la manera de hacer constar las variaciones en la remuneración del doctor Goenaga.

Observa la Sala:

Ya se demostró que el Tribunal sí estimó los contratos que señala el recurrente como no apreciados. Ahora se indica una cláusula de uno de ellos como no apreciada. Pero tampoco es valedera esta acusación, porque expresamente el sentenciador dice: "De donde se desprende que como el doctor Goenaga no reclama el valor de los salarios estipulados en el contrato con el Consorcio, sino la remuneración...". Además, el contrato de folio 68, que fija al facultativo demandante su sueldo en $ 1.300.00 (junio 17 de

1947), como el de folio 69 que lo estipula en $ 2.500.00 (septiembre de 1951), aparecen firmados por el actor.

d) Falta de apreciación del memorando número 17 de 26 de noviembre de 1948.

Observa la Sala:

En verdad no hay una mención específica en el fallo acusado al referido memorando. Sin embargo, ésta no es una omisión grave, puesto que lo que allí se hace es elevar la categoría jerárquica del doctor Goenaga, pues se le asimila a Vicepresidente, y se le precisan las funciones de la Superintendencia. Por lo demás, la entidad demandada ha sostenido que el demandante no ejerció con anterioridad a la fecha del memorando funciones que pudieran considerarse distintas a las determinadas en dicho documento, y no existe prueba que demuestre lo contrario. Por lo mismo, la falta de una referencia expresa a dicha prueba no constituye de por sí una omisión que influya esencialmente en la decisión impugnada.

e) Falta de apreciación de los documentos que forman los cuadernos 4 y 5 del expediente.

Observa la Sala:

Es inexacto que el Tribunal no hubiese considerado los documentos de que trata este punto. Por transcripciones anteriores se vio que el *ad quem* habla de que las obligaciones del doctor Goenaga como Superintendente de Sanidad del Consorcio se extendían a las "ramificaciones" de éste. Es decir, esto por razón de las funciones propias de un Superintendente vinculado a una organización económica de las características del Consorcio. Ahora bien, el cambio de funciones que afirma el recurrente se produjo a partir del memorando del 26 de noviembre de 1948, no está ceñido a la realidad procesal, pues en los cuadernos citados en el ordinal en examen se encuentran las notas siguientes, suscritas por el doctor Goenaga, que ponen de presente que siempre sus funciones fueron las propias de un Superintendente, esto es: "Persona a cuyo cargo está la dirección y cuidado de una cosa, con superioridad a las demás que sirven en ella" (Diccionario de la Lengua Española):

"Cervecería Germania - Rudolf Kohn Ltda. Memorando - 3 Dic. 1948 - Para Cervecería Germania - Gerencia. - Ref.: Superintendencia de Sanidad. - Anexo encontrarán ustedes una copia heliográfica del memorando de nuestra Presidencia, por el cual se organiza la Superintendencia de Sanidad. Sírvanse ustedes acusarnos recibo de esta comunicación. - Cervecería Germania - Rudolf Kohn Ltda. - Superintendente Sanidad. - JDG/ca. 2/XII/48". (Folio 27, C. No. 5).

"Superintendencia de Sanidad - 28 Mar. 1947. Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A. - Fábrica de Villavicencio. - Villavicencio. - *Obrero Roque Bayona.* - Estimados señores: En atención a su carta número 121 de marzo 18 de 1947 referente al obrero Roque Bayona, los autorizamos para trasladarlo a esta ciudad en donde será sometido a tratamiento. Sin particulares para más, nos suscribimos de Uds. Attos. Ss. Ss. y amigos, Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A. - Superintendencia de Sanidad. - JDG/ca.". (Folio 658, C. No. 5).

"Superintendencia de Sanidad - 11 Feb. 1947. Sres. Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A. Fábrica de Barranquilla. - Barranquilla. - Confidencial. - *Su informe mensual.* - Estimados señores y amigos: Nos referimos a su comunicación número 170 del 1º del presente mes, del cual hemos tomado atenta nota. Hemos observado un notable aumento en las incapacidades, por lo cual les rogamos explicarnos la causa. También deseamos que en lo sucesivo dicho Informe Mensual nos exprese el siguiente dato: días de incapacidad concedidos: Por enfermedad... Por accidente... Sin particulares para más, aprovechamos para repetirnos de ustedes, Attos. Ss. Ss. y amigos, Consorcio de Cervecerías 'Bavaria' S. A. - Superintendente de Sanidad. - JDG/mra.". (Folio 154, C. No. 4).

"Superintedencia de Sanidad - 14 Dic. 1949. Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A. - Fábrica de Cali. - Cali. - *Gastos de Sanidad.* - Estimados señores y amigos: Nuestras circulares números 174 y 189 y las otras comunicaciones de esta Dirección han debido llevar al ánimo de ustedes la necesidad de un reajuste inmediato en los diferentes renglones y costos de esa Fábrica. La responsabilidad de esta labor queda en manos de la Gerencia, que tiene bajo su control la aprobación y autorización de todos y cada uno de los gastos causados en el mes por concepto de Sanidad. Mientras en las demás fábricas, tanto el Gerente como el médico colaboran en forma muy eficiente y satisfactoria, para conseguir las economías que se han ordenado, en el caso de esa seccional, lamentamos tener que decir que no se ha visto siquiera un resultado mínimo, sino más bien contraproducente, ya que parece que hubiera marcado interés en demostrar que las indicaciones y normas que se dan no tienen valor ninguno. Es necesario que a partir del recibo de esta comunicación, el Gerente

apruebe todas y cada una de las fórmulas prescritas por el médico, que deban ser despachadas durante el día; asimismo exigir que las circulares anteriores sean obedecidas por el médico, ya que no tiene nada contrario a las normas científicas, ni a la ética profesional, ni a las conveniencias de la Empresa... Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A. - Superintendencia de Sanidad. - JDG/ca. - 12/XII/49''. (Folio 193, C. No. 4).

''Superintendencia de Sanidad - 13 Ene. 1949. Confidencial. - Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A. - Fábrica de Cali. - Cali. - *Visita Ingeniero de Seguridad.* - Estimados señores y amigos: En el informe que rinde el Ingeniero de Sanidad, sobre la Fábrica de Cali, aparece que esa seccional es la que presenta un número más elevado de accidentes con incapacidad y de días perdidos; asimismo, en cuanto al renglón de enfermedades, aparece también muy alto, tanto en casos como en días perdidos. No podemos explicarnos que una fábrica, que tiene un personal de trabajadores igual a otras del Consorcio, situadas en climas malsanos y calientes, mantenga tan elevado número de incapacidades y de ausencias. Ustedes deben meditar en esto y tomar las medidas necesarias para corregirlo, haciendo al médico las reflexiones a que haya lugar, ya que no encontramos justificada la actual situación de la Sanidad y de la Seguridad en esa seccional... Consorcio de Cervecerías 'Bavaria' S. A.- Superintendente de Sanidad. - cc; Sup. de Producción. - JDG/ca. - I/12/49''. (Folio 224, C. No. 4).

''Superintendencia de Sanidad. - 3 Ene. 1948. Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A. - Fábrica de Duitama. - Duitama. - *Su carta número 2141 del 30 de diciembre de 1947.* - Estimados señores y amigos: Acusamos recibo de su comunicación en referencia, sobre el empleado señor Alfonso Sarmiento. Estudiamos el caso del señor Sarmiento, la empresa presta sus servicios normales en el consultorio de la fábrica y con el médico titular de la empresa; por lo tanto, no es el caso acceder al pago ni reconocimiento de las drogas compradas por el señor Sarmiento, por no llenar los requisitos reglamentarios. Sin otro particular por el momento, nos repetimos como sus atentos, seguros servidores, Consorcio de Cervecerías 'Bavaria' S. A. - Superintendente de Sanidad. - JDG/ca.''. (Folio 464, C. No. 4).

''Superintendencia de Sanidad - 6 Oct. 1947. Señores Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A. Fábrica de Honda. Honda. - *Historia obrero Luis A. Hurtado.* - Estimados señores y amigos: Anotado el número del caso se reunirán todos los datos referentes a exámenes, laboratorios, radiografías, hospitalización, fórmulas médicas, etc., conservando en cada una de ellas el número correspondiente al caso en tratamiento, y si fuese necesario se agregará a éste copia de la historia clínica hospitalaria y las observaciones que el médico de la empresa considere necesarias. Acopiados todos estos datos se legajarán en el folder en que se conserva la Ficha Clínica del trabajador, debidamente cosidos para evitar extravío de documentos... Consorcio de Cervecerías 'Bavaria' S. A. - Superintendente de Sanidad. Anexo: Historia Clínica. - JDG/ca.''. (Folio 691, C. No. 4).

''Superintendencia de Sanidad - 31 May. 1949. Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A. - Fábrica de Manizales. - Manizales. - *Su carta número 823 de mayo 18/49.* - Estimados señores y amigos: De acuerdo con su carta de la referencia y según certificado médico que nos acompañan, los autorizamos para ordenar la intervención del señor Francisco Marín, empleado de esa fábrica. En todo caso de intervención quirúrgica, es necesario que el trabajador declare previamente, por escrito, que se somete voluntariamente a la operación y que deja a salvo la responsabilidad de la empresa por cualquier complicación o consecuencia de la misma. De ustedes atentos amigos y seguros servidores, Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A. - Superintendente de Sanidad. JDG/ca. V/30/49''. (Folio 821, C. Nº 4).

Más aún, el propio doctor Goenaga reconoce en posiciones, al preguntársele sobre su intervención en la elaboración del proyecto de organización de la Superintendencia de Sanidad, lo siguiente: ''Yo elaboré un proyecto de organización para la Superintendencia de Sanidad del Consorcio, que fue acogido por el Presidente de éste, haciéndolo extensivo a todas las filiales a las cuales se les mandó un ejemplar en forma específica'' (fl. 104, C. No. 1). Dicho proyecto, según claramente se deduce de otras respuestas en posiciones, es el referido memorando de 26 de noviembre de 1948 que, como antes se pudo apreciar, fue remitido por el doctor Goenaga a las filiales del Consorcio. Como se ve, pues, hubo un completo acuerdo entre el demandante y el Consorcio para la organización de la Superintendencia de Sanidad que se cumplió hasta la desvinculación contractual del doctor Goenaga.

f) Las actas de la inspección ocular que acreditan los sueldos, primas y bonificaciones devengados por altos empleados, tanto en el Consorcio como en las filiales de éste.

Observa la Sala:

Realmente en dichos documentos consta lo afirmado por el recurrente. Pero lo que ocurre es que, dentro de la tesis de la unidad de empresa en que actuó el Tribunal y de la particularidad del cargo desempeñado por el doctor Goenaga (Superintendente de Sanidad del Concorcio), el *ad quem* consideró que no se habían realizado "labores adicionales" que justificaran las remuneraciones reclamadas.

g) El dictamen pericial.

Observa la Sala:

Cabe decir aquí lo mismo que se expresó al estudiar el punto anterior.

i) Referencia a documentos que demuestran que la sociedad demandada en pleitos anteriores sostuvo una tesis distinta a la que sostiene en el presente caso.

Observa la Sala:

Todo litigante goza de libertad para utilizar los medios defensivos que la ley le concede. Además, no se sabe con exactitud si las circunstancias de hecho y de derecho de los casos que cita el recurrente son los mismos del *sub lite*. Sobre todo el aspecto del cargo desempeñado y contrato convenido, es de la mayor importancia porque la posición del doctor Goenaga era de la más alta jerarquía y responsabilidad dentro del Consorcio, que directamente lo había contratado. Además, lo alegado por el Consorcio en el caso a que se refiere el recurrente, fue que el demandante no le había prestado servicios a esa sociedad sino a Vidriería Fenicia, entidad que lo había contratado.

Pruebas erróneamente apreciadas.

1º El contrato de folio 69 del cuaderno número 2.

Observa la Sala:

Entre las pruebas señaladas como no apreciadas ya se vio que aparece el contrato en referencia. Ahora se afirma que fue equivocadamente estimado por el Tribunal en cuanto éste no apreció que el actor celebró un solo contrato laboral, esto es, el convenido con el Consorcio. Aparte de la contradicción que el cargo implica, hay que tener en cuenta, además, que en ningún momento el *ad quem* ha dejado de considerar que el único contrato de trabajo celebrado por el doctor Goenaga fue el convenido con el Consorcio. En el expediente no se registra una afirmación contraria del *ad quem*.

2º Apreciación errónea de los certificados de la Cámara de Comercio.

Observa la Sala:

Son valederas para resolver este punto las razones que ya ha tenido oportunidad de exponer la Sala, en cuanto al error de derecho que el recurrente le atribuye al *ad quem* en relación con los cuestionados documentos. Pero no se debe pasar por alto que al comienzo de la sustentación de este cargo se sostiene que el error de derecho se produjo por falta de estimación de los mencionados certificados, y que ahora se manifiesta que el error es por errada apreciación de los mismos. Estas dos posiciones del impugnador no dejan de hacer resaltar una evidente contradicción.

En lo que respecta a la puntualización de los errores de hecho que el recurrente le atribuye al sentenciador, caben las siguientes observaciones, en el orden en que se concretan dichos yerros de apreciación probatoria:

a) No es exacto que el Tribunal sostenga que el Consorcio y sus filiales constituyen "una sola persona jurídica". El fallador lo que afirma es que todas esas sociedades forman un complejo de unidad de empresa, económicamente hablando. En ningún momento el *ad quem* ha desconocido la individualidad jurídica de cada una de las sociedades vinculadas al Consorcio. Claramente lo dice en este pasaje de su decisión:

"Como en realidad las varias unidades, subdivisiones, seccionales o filiales dependientes de la misma persona jurídica bajo la razón de 'Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A.', y todas ellas corresponden a actividades económicas similares, conexas o complementarias, que tienen trabajadores a su servicio, no puede remitirse a duda que se está en presencia de *una sola empresa* ante el texto del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo". (Subraya la Sala).

b) El Tribunal no ha afirmado que el demandante no tuviese derecho a remuneración por los servicios a las filiales del Consorcio. Lo que ha dicho es que por la índole del cargo desempeñado por el doctor Goenaga y por las características de la empresa que lo contrató, sus servicios "convino en prestarlos para toda la organización económica que comprende la empresa, sin tener por ello derecho a salario adicional de ninguna especie".

c) El Tribunal no ha considerado que hubo violación del contrato de trabajo, porque en realidad este hecho no se ha demostrado. El aspecto en que más insiste el recurrente, como configu-

rativo de una violación contractual, es el del cambio de funciones del demandante que, a su juicio, contiene el memorando de 26 de noviembre de 1948, punto de vista éste que desvirtúa la realidad procesal. En efecto, es abundante el material probatorio que comprueba de modo concluyente que las actividades del doctor Goenaga fueron las mismas antes y después de la fecha indicada anteriormente, siempre actuando como Superintendente, es decir, supervigilando, controlando, absolviendo consultas, etc., del Departamento de Sanidad, tanto en relación con el Consorcio como con sus filiales. Es más, se ha visto que el referido documento fue preparado y divulgado por el propio doctor Goenaga, y no hay constancia de reclamo alguno de su parte acerca de ese memorando en el lapso transcurrido desde su divulgación hasta la terminación del contrato de trabajo, esto es, el 3 de junio de 1952. No sobra añadir que la acusación es incompleta, pues el recurrente no cita la disposición legal sobre violación del vínculo jurídico laboral, o sea, el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

Por todas las consideraciones anteriores, la Corte estima que no se han comprobado los errores alegados y que, por consiguiente, tampoco se han producido las infracciones legales que se le imputan a la decisión acusada.

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

Costas. No hay lugar a condena en costas durante la tramitación del recurso extraordinario, en virtud de que la Sala hizo una rectificación doctrinaria en el examen del primer cargo.

En mérito de todo lo anteriormente expresado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia recurrida.

Sin costas en el recurso.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SUSTITUCION PATRONAL. FALLO EXTRA PETITA. AUXILIO DE CESANTIA. INDEMNIZACION MORATORIA. TECNICA DEL RECURSO DE CASACION

1. La sustitución patronal bien puede llevarse a cabo entre dos empresas distintas e independientes, limitándose a alguna de las actividades, obras o labores desarrolladas por la empresa sustituída. — 2. Tratándose de sustitución de patronos, la responsabilidad de ellos en lo concerniente al pago del auxilio de cesantía y al día en que debe hacerse, está regulada por la disposición especial del artículo 69 del Código Sustantivo del Trabajo. — 3. Prueba de la sustitución patronal. La sustitución patronal puede limitarse a una determinada parte del negocio o explotación, subsistiendo, en las demás actividades, la empresa o patrono substituído, ya se trate de personas naturales o jurídicas. Si son de esta última clase no es necesario, de consiguiente, que haya fusión o traspaso de patrimonio o capital social. — 4. Técnica del recurso de casación referida especialmente a la violación directa e indirecta de la ley.

1. La sustitución patronal bien puede llevarse a cabo entre dos empresas distintas e independientes, limitándose a alguna de las actividades, obras o labores desarrolladas por la empresa sustituída.

2. Aun asignándoles el valor probatorio que pretende el recurrente a los documentos presentados con la demanda en cuanto a que el auxilio de cesantía correspondiente al tiempo de servicios transcurrido hasta el 24 de abril de 1953 (fecha en que tuvo lugar la sustitución patronal), no se canceló sino el 12 de marzo de 1955 (o sea, por la época en que terminó el contrato), esa sola circunstancia no da lugar a la indemnización moratoria, porque tratándose de sustitución de patronos, hecho admitido por el sentenciador y no desvirtuado por el recurrente, la responsabilidad de ellos, en lo concerniente al pago del auxilio de cesantía y al día en que debe hacerse, está regulada por la disposición especial del artículo 69 del Código Sustantivo del Trabajo, cuyo quebranto no se ha alegado en el cargo.

3. Se acusa violación, por error de derecho, del artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto la sentencia dio por demostrada la sustitución patronal con la sola atestación del demandante.

Sostiene el recurrente que tratándose de dos sociedades, una anónima y otra de responsabilidad limitada, la refundición de las mismas o el traspaso de patrimonio o capital social de la una a la otra, requería escritura pública, cuyo extracto debía registrarse en la Cámara de Comercio competente y publicarse en un periódico del Departamento, permiso de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, etc., conforme a los artículos 465, 472, 474, 475, 476, 477 y 479 del Código de Comercio Terrestre, solemnidades que no tuvo en cuenta el fallador y sin las cuales resultaba imposible dar por establecida la sustitución de patronos en el caso de autos.

Se considera:

El sustanciador dio por establecida la sustitución patronal con base en el hecho de que el demandante prestó sus servicios sin solución de continuidad, en iguales condiciones de trabajo, a las dos empresas referidas, hecho para cuya demostración la ley no exige prueba ad substantiam actus.

Como se observó en un aparte anterior, la sustitución patronal, puede limitarse a una deter-

minada parte del negocio o explotación, subsistiendo, en las demás actividades, la empresa o patrono sustituído, ya se trate de personas naturales o jurídicas. Y si son de esta última clase no es necesario, de consiguiente, que haya fusión o traspaso de patrimonio o capital social.

4. El tercer cargo está formulado por infracción directa del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a consecuencia de la violación del artículo 50 del Código de Procedimiento Laboral, al exigir que para que el Juez de primera instancia pueda fallar en forma extra o ultra petita, como ocurre en este juicio, tiene que utilizar palabras sacramentales, en las que diga que está haciendo uso de esa facultad.

Estima la Sala que no es exacto que el Tribunal exija palabras sacramentales para el ejercicio de la facultad de fallar extra o ultra petita. Simplemente, a guisa de observación, que no tiene incidencia alguna en su decisión, comenta que el Juez de primera instancia no dijo que hacía uso de aquella facultad para condenar al pago de indemnización moratoria por un lapso distinto al que fue objeto de la petición de la demanda. La verdadera razón que tuvo en cuenta el fallador de segundo grado para no mantener la sentencia del a quo en este punto, es la de que el hecho en que pretendió apoyarse no fue demostrado ni discutido, lo cual implica una cuestión probatoria, que no puede ser objeto de ataque mediante la modalidad de infracción directa planteada por el recurrente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., quince de diciembre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo).

Pablo Antonio Nobsa, por medio de apoderado, demandó a "Acerías Paz del Río S. A." para que fuera condenada a pagarle vacaciones, reajuste de cesantía, repetición de lo que se le pagó por concepto de cesantía parcial y lucro cesante, o en subsidio, el valor del preaviso, que no se le dio al ser despedido de la empresa.

Dice en la demanda que prestó sus servicios a la empresa demandada como mampostero de primera, en el sector de las minas de hierro de las "Chapas", vecindario del Municipio de Paz del Río (Boyacá), desde el 21 de enero de 1952 hasta el 24 de abril de 1953, fecha ésta en que "por orden y bajo la directa responsabilidad de Acerías Paz del Río S. A., se le transfirió a la empresa "Cuéllar Serrano Gómez y Cía. Ltda.", dentro del mismo sector; que el traslado "se hizo por cuenta de la empresa demandada y en el carácter de 'comisión', de manera que se trataba del mismo contrato de trabajo"; que, por tanto, sus relaciones contractuales "siguieron siendo las mismas, y por ello el cargo, el plazo y demás especificaciones siguieron siendo las mismas igualmente, es decir, las pactadas en el contrato con la empresa demandada"; que sirvió a "Cuéllar Serrano Gómez y Cía. Ltda.", desde el 24 de abril de 1953 hasta el 11 de noviembre del mismo año, en que reingresó a "Acerías Paz de Río", empresa que lo despidió el 24 de febrero de 1955 por "terminación parcial de la obra"; que por concepto de auxilio de cesantía se le liquidó y pagó la suma de $ 454.00, al ser trasladado a "Cuéllar Serrano Gómez y Cía. Limitada."; que luego ésta, respecto del tiempo en que le prestó sus servicios, le liquidó y pagó $ 988.00 por el mismo concepto; que estos pagos anticipados de la mencionada prestación, por no conformarse a las disposiciones legales, deben tenerse por no hechos; que el plazo fue indefinido e indeterminado o sometido y condicionado a la duración de la obra o labor para la cual se le contrató; que el salario, inicialmente de $ 7.00 diarios, se le elevó a $ 12.00 diarios; que cuando se le despidió la obra no estaba terminada; que tampoco se había cumplido un nuevo período presuntivo; que por preaviso no se le pagaron sino 10 días de salario; y que las demás deudas de trabajo y de prestaciones sociales no se le cancelaron sino "días después" del despido.

La entidad demandada, en la contestación del libelo, manifestó que se atenía a lo que se demostrara en el juicio, advirtiendo que, en todo caso, "Cuéllar Serrano Gómez Limitada" era una sociedad contratista, y que al pasar el actor al servicio de ésta ocurrió un fenómeno de sustitución patronal.

El Juzgado del conocimiento, que lo fue el Séptimo del Círculo Judicial del Trabajo de Bogotá, condenó a la sociedad demandada a pagar al demandante la cantidad de $ 8.232.00 [literal a) del numeral primero], como indemnización moratoria correspondiente al primer período contractual y $ 98.00 [literal b), ibídem], por el mismo concepto en cuanto al segundo contrato. La absolvió de los demás cargos (numeral segundo), con el 50% de las costas (numeral tercero).

Interpuesto el recurso de apelación por la parte demandada para ante el Tribunal Superior del

Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, éste revocó el literal a) del numeral primero del fallo apelado; en su lugar, absolvió de "salarios caídos" por el lapso corrido entre el 24 de abril de 1953 y el 10 de marzo de 1955; confirmó el literal b) del mismo numeral; confirmó igualmente el numeral segundo; modificó el tercero, en el sentido de reducir la condena en costas al 20% de las causadas en la primera instancia; sin costas en la segunda instancia.

Recurrió en casación el apoderado del actor. Concedido el recurso, admitido y tramitado legalmente, va a decidirse, previo el estudio de la demanda que lo sustenta y del escrito de oposición.

El recurso.

Con la finalidad de que la Corte case parcialmente la sentencia recurrida, y en su lugar, en instancia, confirme los numerales primero, literal a), y tercero del fallo de primer grado, e invocando la causal primera del artículo 87 del Código de Procedimiento del Trabajo, formula tres cargos.

Primer cargo.

Acusa de violación, por vía indirecta, de los artículos 34, 65, 67, 249 y 253 del Código Sustantivo del Trabajo, por falta de aplicación al caso de autos, y de los artículos 50 del Código de Procedimiento del Trabajo, y 609 y 645 del Código Judicial, por haberlos "aplicado equivocadamente", a consecuencia de la falta de apreciación de algunas pruebas y estimación errada de otras, con lo cual el fallador incurrió en ostensibles errores de hecho.

Pruebas no apreciadas. Señala como tales éstas:

a) Confesión de la parte demandada contenida en el escrito de contestación de la demanda, en la que afirmó que "Cuéllar Serrano Gómez y Cía. Limitada" era una sociedad contratista de la empresa demandada, y, por consiguiente, distinta de esta última (folio 15, cuaderno principal).

b) Confesión de la misma parte demandada en el escrito en que propuso las posiciones que debería absolver el demandante (preguntas tres, cinco y diez, folio 34, cuaderno principal).

c) Confesión del demandante hecha al absolver la pregunta quinta del pliego de posiciones (folio 36 vuelto, cuaderno principal).

De las pruebas anteriormente indicadas deduce el recurrente que "Cuéllar Serrano Gómez y Cía. Limitada" tuvo el carácter de una sociedad contratista, distinta e independiente de "Acerías Paz de Río S. A.", por lo cual no se configuró la sustitución patronal y que, además, con anterioridad al traslado del demandante al servicio de la primera, lo único que se le liquidó, pero no se le pagó, fue la cesantía correspondiente al primer período o contrato de trabajo.

Pruebas mal estimadas. El documento del folio 2, cuaderno principal, del cual afirma el recurrente que es originario de la empresa demandada, ya que aparece en él su membrete, tiene número de comprobación y fecha, lleva la firma de su revisor y ostenta el sello de la misma empresa. Se presentó con la demanda y obró en el expediente hasta el final del juicio sin haber sido contradicho ni tachado en forma alguna, de idéntica manera que el documento del folio 3, también del cuaderno principal, al que el sentenciador sí le reconoció validez.

Alega el impugnador que con el documento del folio 2 se establece claramente que las fechas de iniciación y de terminación del primer contrato de trabajo celebrado entre el demandante y el demandado, fueron el 21 de enero de 1952 y el 24 de abril de 1953, respectivamente, y que la cesantía se le pagó el 10 de marzo de 1955, por lo que, de consiguiente, la empresa "Acerías Paz de Río S. A.", incurrió en mora en el pago de esa prestación.

Anota el opositor que la afirmación hecha por la demandada al contestar el libelo acerca de la existencia de un solo contrato y de una sustitución patronal, se corroboró en la diligencia de absolución de posiciones hecha por el actor; que el fallo se produjo precisamente con base en la estimación probatoria de la demanda, su contestación, las posiciones absueltas y la confesión de la demandada en el cuadro por ella presentado; que la sustitución patronal no es la fusión de dos empresas en una sola, ni eso quiso significar el actor en su libelo, pues en éste decía, y así lo aceptó la demandada, que el contrato fue uno solo, la labor la misma, las condiciones de trabajo idénticas y la beneficiaria de las obras "Acerías Paz de Río"; y que las razones aducidas por el sentenciador para no asignar valor probatorio al documento del folio 2, se ajustan al más sano análisis de los requisitos legales exigidos para su validez. Manifiesta finalmente el opositor su extrañeza ante la circunstancia de que el recurrente afirme que en autos sólo consta que al trabajador se le liquidaron a la terminación de su contrato algunas prestaciones, pero

que no se le han pagado, al paso que en los hechos 19 y 20 de la demanda el mismo apoderado del actor declara que a su representado se le liquidaron y pagaron, por concepto de cesantía, las dos sumas que él mismo discrimina, pretendiendo entonces que se repitiera el pago por haberse efectuado ilegalmente.

Se estudia el cargo:

El fallador de segunda instancia considera que entre "Acerías Paz de Río S. A." y "Cuéllar Serrano Gómez y Cía. Ltda.", hubo una sustitución patronal respecto de los servicios que les prestó el trabajador demandante. Al efecto expone lo siguiente:

"Si el actor continuó prestando sus servicios en el mismo lugar, con la misma jornada, con las mismas funciones, tanto cuando fue trasladado a 'Cuéllar Serrano Gómez y Cía. Ltda.', como cuando regresó a órdenes de la demandada, sin que se hubiera operado cambio en las funciones, ni en el lugar del trabajo, ni siquiera en la obra en construcción, es decir, bajo 'un mismo contrato de trabajo', como el mismo actor lo afirmó en su libelo, es porque sólo hubo un cambio de patrono, una sustitución patronal, conforme lo dispone el artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo.

"Y ya sobre estas bases, el antiguo patrono puede pagar el auxilio de cesantía en forma definitiva (art. 69) o acordar con el nuevo patrono lo que al respecto consideren conveniente, sin perjuicio de los derechos del trabajador (art. 70) o, simplemente, entregar al nuevo patrono el valor del auxilio de cesantía causado hasta el día de la sustitución para que lo cancele posteriormente, conjunta o separadamente, con el que se vaya causando a partir del cambio patronal.

"No había, pues, razón jurídica para la condena por indemnización moratoria a partir del 24 de abril de 1953, bajo el supuesto falso o, por lo menos, no demostrado, de que allí terminó un primer contrato laboral, cuando la litis estaba sostenida por ambas partes en forma clara, expresa, inconfundible, sobre la existencia de un solo contrato de trabajo.

"Pero en fin, aun el caso de que efectivamente los autos acusaran en forma irrefragable, con prueba plena, la situación tenida en cuenta por el *a quo*, es decir, la existencia de dos contratos de trabajo, tampoco podía el sentenciador de primer grado proferir condena por salarios caídos a partir del 24 de abril de 1953.

"La demanda en su parte petitoria nada pide por este extremo, y sólo dentro del hecho 17 habla de que al verificarse el despido en febrero de 1955 no se cancelaron las prestaciones sociales, sino que su pago 'se hizo días después', por lo que adiciona sus súplicas con la referente a este extremo 'por dicha mora', es decir, por esos días".

Como se ve, el fallador, partiendo del concepto implícito de que la sustitución patronal de que trata el artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo, supone un cambio de empleadores, sin solución de continuidad en las funciones del trabajador, da por establecido que en el caso de autos ocurrió ese fenómeno, apoyándose principalmente en lo que afirmó el actor en su libelo en el sentido de que estuvo vinculado por un solo contrato de trabajo, con "Acerías Paz de Río S. A." y con "Cuéllar Serrano Gómez y Cía. Ltda.", sucesivamente.

La sentencia se refiere, sin duda, a los siguientes hechos de la demanda:

"8. Mi poderdante prestó directamente sus servicios a la empresa demandada hasta el día 24 de abril de 1953, en que, por orden y bajo la directa responsabilidad de 'Acerías Paz de Río S. A.', se le transfirió a la empresa 'Cuéllar Serrano Gómez y Cía. Ltda.', dentro del mismo sector de Belencito;

"9. El traslado a 'Cuéllar Serrano Gómez y Cía. Ltda.' se hizo por cuenta de la empresa demandada y en el carácter de 'comisión', de manera que se trataba del mismo contrato de trabajo, es decir, del celebrado inicialmente con 'Acerías Paz de Río S. A.', antes llamada 'Siderúrgica de Paz de Río S. A.';

"10. Por lo mismo que se trataba de un simple traslado a 'Cuéllar Serrano Gómez y Cía. Ltda.', en el carácter de 'comisión', sus relaciones contractuales de trabajo con esta segunda empresa siguieron siendo las mismas, y por ello el cargo, el plazo y demás especificaciones siguieron siendo las mismas igualmente, es decir, las pactadas en el contrato con la empresa demandada;

"11. Unicamente se le elevó el salario diario, de $ 7.00 a $ 12.00;

"12. Desempeñando el mismo cargo, es decir, el de 'mampostero', mi poderdante sirvió en la 'Cuéllar Serrano Gómez y Cía. Ltda.', por cuenta de la empresa demandada, desde el 24 de abril de 1953 hasta el 11 de noviembre de 1953, en que, a solicitud de la misma empresa demandada, fue transferido nuevamente a esta última".

El recurrente, apoderado del actor, no ataca este soporte fundamental del fallo y, desde luego,

no podía hacerlo sin incurrir en contradicción con el libelo inicial.

Ahora bien, las pruebas que aduce en orden a demostrar que "Cuéllar Serrano Gómez y Cía. Limitada" era una sociedad distinta e independiente de "Acerías Paz de Río S. A.", son improcedentes, pues la sustitución patronal, como lo entiende el sentenciador, bien puede llevarse a cabo entre dos empresas distintas e independientes, limitándose a alguna de las actividades, obras o labores desarrolladas por la empresa sustituída. Pero si la intención del recurrente ha sido la de sostener una tesis opuesta a la del Tribunal, la modalidad que escogió, esto es, la de quebranto de la ley por falta de aplicación, a consecuencia de error en la apreciación de las pruebas, no es adecuada para ese fin.

En cuanto al auxilio de cesantía correspondiente al tiempo servido desde el 21 de enero de 1952 hasta el 24 de abril de 1953, estima el Tribunal que no hay fundamento para la condena de "salarios caídos", porque, de una parte el propio demandante declaró en su libelo que sus servicios a las dos empresas se rigieron por un solo contrato, y de otra, la súplica relativa a esta indemnización estaba limitada a los días corridos entre el despido y el pago de las prestaciones sociales, a lo que agrega que no habiendo sido materia de discusión y de prueba la existencia de dos vínculos jurídicos laborales, el Juzgado de primera instancia carecía de facultad para proferir fallo *extra petita* sobre este punto, de conformidad con el artículo 50 del Código de Procedimiento del Trabajo, según el cual tal especie de fallos sólo cabe cuando "los hechos que los originen hayan sido discutidos en el juicio y estén debidamente probados". Desecha el documento del folio 2 del cuaderno principal, en que aparece una liquidación de cesantía, porque no tiene firma responsable, y acerca del que obra al folio 3, hace la glosa de que no está acreditado que provenga de la empresa.

El opositor anota que la posición del demandante en este recurso entraña un desconocimiento de lo que él mismo confesó y pidió en su libelo. A este propósito llama la atención hacia los hechos 19 y 20, que dicen:

"19. Para la fecha en que el demandante fue transferido, en 'comisión' y por cuenta de la demandada a 'Cuéllar Serrano Gómez y Cía. Ltda.', dentro del mismo sector de Belencito y con el mismo cargo y contrato de trabajo, se le liquidó y pagó por concepto de cesantía la cantidad de cuatrocientos cincuenta y cuatro pesos ($ 454.00). Pero como se trataba de un simple traslado a la mencionada empresa, dentro del mismo sector de Belencito, y del mismo contrato de trabajo, dicha liquidación y pago de cesantía es una liquidación parcial, que, como fue hecha en desacuerdo con las disposiciones especiales que para este caso prescribe el Código Sustantivo del Trabajo, se tiene por no hecha;

"20. En igual forma, cuando la 'Cuéllar Serrano Gómez y Cía. Ltda.', lo transfirió de nuevo a la empresa demandada, a solicitud de esta última, y por cuanto se trataba del mismo contrato de trabajo, es decir, el suscrito con 'Acerías Paz de Río S. A.', la 'Cuéllar Serrano Gómez y Cía. Ltda.' le liquidó y pagó por concepto de cesantía la cantidad de novecientos ochenta y ocho pesos ($ 988.00). Luego, y como se trata de una liquidación parcial de cesantía que no está ajustada a las disposiciones especiales del Código Sustantivo del Trabajo, para este caso, se tiene por no hecha".

El recurrente alega que habiendo obrado en el expediente los dos mencionados documentos desde la iniciación del juicio sin que la entidad demandada los hubiera objetado o redargüido de falsos, deben tenerse como reconocidos por ella, en los términos del artículo 645 del Código Judicial.

La Sala observa:

Los documentos de folios 2 y 3 del cuaderno principal, extendidos en formularios con membretes de la empresa "Acerías Paz de Río S. A." y acompañados al libelo por el actor, contienen, el del folio 2, la liquidación de la cesantía del demandante por el tiempo comprendido entre el 21 de enero de 1952 y el 24 de abril de 1953, que arroja la suma de $ 454.00, y el del folio 3, la liquidación de la cesantía por el tiempo comprendido entre el 11 de noviembre de 1953 y el 3 de marzo de 1955, y de otras prestaciones, cuyo valor alcanza a la suma de $ 960.37. Ambos tienen como fecha el 10 de marzo de 1955, y un sello que indica que su pago se hizo el 12 de los mismos mes y año. En uno y otro se advierten las iniciales de quien revisó las cuentas y, a continuación de la orden de pago, un signo o una letra indescifrable. El del folio 3, en la parte correspondiente al recibo, tiene la firma del demandante Nobsa y de dos testigos.

Estos documentos se presentaron con la demanda, y, en verdad, la empresa no los objetó. Pero ocurre que aun asignándoles el valor probatorio que pretende el recurrente en cuanto a que el auxilio de cesantía correspondiente al tiempo de servicio transcurrido entre el 21 de enero de 1952 y el 24 de abril de 1953, no se canceló sino el 12 de marzo de 1955, esa sola cir-

cunstancia no daba lugar a la indemnización moratoria, porque tratándose de sustitución de patronos, hecho admitido por el sentenciador y no desvirtuado por el recurrente, la responsabilidad de ellos, en lo concerniente al pago del auxilio de cesantía y al día en que debe hacerse, está regulada por la disposición especial del artículo 69 del Código Sustantivo del Trabajo, cuyo quebranto no se ha alegado en el cargo.

Este, por tanto, no prospera.

Segundo cargo.

Acusa de violación, por error de derecho, del artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo, al dar como demostrada la sustitución patronal con la sola atestación del demandante.

Sostiene el recurrente que siendo "Acerías Paz de Río" una sociedad anónima, y "Cuéllar Serrano Gómez y Cía. Ltda." de responsabilidad limitada, la refundición de las mismas o el traspaso de patrimonio o capital social de la una a la otra, requería escritura pública, cuyo extracto debía registrarse en la Cámara de Comercio competente y publicarse en un periódico del Departamento, permiso de la Superintendencia de las Sociedades Anónimas, etc., conforme a los artículos 465, 472, 474, 475, 476, 477 y 479 del Código de Comercio Terrestre, solemnidades que no tuvo en cuenta el fallador, y sin las cuales resultaba imposible dar por establecida la sustitución de patronos en el caso de autos.

Se considera:

El sentenciador dio por establecida la sustitución patronal con base en el hecho de que el demandante prestó sus servicios sin solución de continuidad, en iguales condiciones de trabajo, a "Acerías Paz de Río S. A." y a "Cuéllar Serrano Gómez y Cía. Limitada", hecho para cuya demostración la ley no exige prueba *ad substantiam actus.*

Como se observó al examinar el cargo anterior, la sustitución patronal puede limitarse a una determinada parte del negocio o explotación, subsistiendo en las demás actividades, la empresa o patrono sustituído, ya se trate de personas naturales o jurídicas. Y si son de esta última clase no es necesario, de consiguiente, que haya fusión o traspaso de patrimonio o capital social.

Por lo expuesto, tampoco prospera este cargo.

Tercer cargo.

Está formulado por infracción directa del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a consecuencia de la violación del artículo 50 del Código de Procedimiento Laboral, al exigir que para que el Juez de primera instancia pueda fallar en forma *extra* y *ultra petita,* como ocurre en este juicio, tiene que utilizar palabras sacramentales, con las que diga que está haciendo uso de esa facultad.

Se considera:

La parte pertinente de la sentencia expresa lo siguiente:

"Y el Juzgado no dice que al condenar por lapso distinto al pedido hubiera hecho uso de la sagrada y trascendental facultad concedida por el artículo 50 del Código de Procedimiento del Trabajo. Pero es que aun impetrando su autoridad tampoco podía condenar en la forma hecha.

"Y no podía hacerlo por cuanto la citada norma exige para la procedencia de los fallos *extra* o *ultra petita* que *'los hechos que los originen hayan sido discutidos en el juicio y estén debidamente probados'.*

"A lo largo del presente juicio, tanto el actor como la parte demandada, han sostenido que entre ellos no existió sino un solo contrato de trabajo, y es sólo en la sentencia revisada donde por primera vez se habla de *dos contratos.* Luego este hecho fundamental para la condena no fue *discutido por las partes,* y esto es suficiente, a falta de las mejores razones dadas atrás, para revocar esta parte del fallo apelado.

"Nótese que en cuanto a la suma reconocida por la mora a partir del 24 de abril de 1953, resulta un fallo *extra petita,* ya que por este extremo nada se había pedido por cuanto la súplica por salarios caídos estaba limitada a los días corridos entre el despido y el pago que para el fallo resulta un segundo contrato y, por lo mismo, un fenómeno jurídico distinto, constitutivo de una acción indemnizatoria distinta a la que podría dar lugar la mora por el primer contrato, supuesta la existencia de los dos vínculos jurídicos laborales".

Estima, pues, la Sala que no es exacto que el Tribunal exija palabras sacramentales para el ejercicio de la facultad de fallar *extra* o *ultra petita.* Simplemente, a guisa de observación, que no tiene incidencia alguna en su decisión, comenta que el Juez de primera instancia no dijo que hacía uso de aquella facultad para condenar al pago de indemnización moratoria por un lapso distinto al que fue objeto de petición en la demanda. La verdadera razón que tuvo en cuenta el fallador de segundo grado para no mantener la sentencia del *a quo* en este punto, es la

de que el hecho en que pretendió apoyarse no fue demostrado ni discutido, lo cual implica una cuestión probatoria, que no puede ser objeto de ataque mediante la modalidad de infracción directa planteada por el recurrente.

Se rechaza igualmente este cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez, Antonio del Castillo, Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PRESCRIPCION DE LAS ACCIONES QUE EMANAN DE LAS LEYES SOCIALES. RECUENTO HISTORICO DE LA LEGISLACION SOBRE ESTA MATERIA

La prescripción de las acciones de los servidores públicos para el cobro de sus salarios y prestaciones sociales es de tres años, contados desde cuando la obligación se hace exigible.

Acusa la sentencia el cargo primero de haber violado en forma directa los artículos 2518, 2535 y 2536 del Código Civil, por no haberlos aplicado, debido a lo cual el sentenciador declaró probada la excepción de prescripción, absolviendo a la parte demandada, o sea el Distrito Especial de Bogotá. Agrega que las normas invocadas son claras en el sentido de que la prescripción ordinaria es de veinte años y no de tres. Cita también los artículos 4º y 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código de Procedimiento Laboral, y manifiesta que éstos fueron violados directamente, el primero de ellos por no haberlo aplicado y los otros dos por haberlos aplicado, no siendo aplicables, ya que el demandante fue un trabajador oficial. En el mismo cargo acusa violación indirecta de los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código de Procedimiento Laboral, violación que consistió en su aplicación indebida, por cuanto las citadas disposiciones regulan las controversias judiciales de carácter laboral entre particulares y no aquellas en que el actor sea un trabajador oficial. Agrega que el honorable Consejo de Estado, en un caso similar, dijo que la única prescripción aplicable era la ordinaria del Código Civil.

Se considera:

En el caso en estudio es cuestión fundamental la relativa a la prescripción, ya que el sentenciador dio por demostrada esta excepción perentoria respecto de todas las peticiones del demandante. El fallo acusado dice:

"De acuerdo con la demanda y con la certificación que aparece al folio 28 de este expediente, el actor se retiró del servicio de la entidad demandada el 21 de enero de 1952, fecha en la que concluyó la relación laboral iniciada en 1933.

"El señor apoderado de la Personería propuso oportunamente la excepción de prescripción, que se encuentra probada con base en los escritos citados, toda vez que transcurrieron más de tres años desde que las respectivas obligaciones demandadas se hicieron exigibles hasta la fecha en que se formularon las peticiones al Alcalde Mayor para agotar el procedimiento gubernativo (9 de noviembre de 1956).

"El artículo 151 del Código de Procedimiento del Trabajo es muy claro al respecto al referirse a la prescripción de 'acciones que emanen de las leyes sociales', lo que indica que no distingue entre reglamentos de trabajadores particulares u oficiales (con contrato de trabajo o sin él), sino que allí comprende todas las disposiciones que consagran derechos sociales".

Sostiene el recurrente, aludiendo a una sentencia del Consejo de Estado, que la prescripción aplicable a los trabajadores oficiales es la ordinaria de veinte años establecida en el Código Civil.

Mas acontece que la misma alta corporación, refiriéndose a la prescripción de los créditos provenientes de las jubilaciones y otras prestaciones reconocidas a trabajadores oficiales, en fallo de 6 de agosto de 1959, ha expuesto una tesis distinta, así:

"Prescriben en dos años para los salarios, según lo dispone el artículo 2543 del Código Civil, que reza: 'Prescribe en dos años la acción de los mercaderes, proveedores y artesanos, por el precio de los artículos que despachan al menudeo. La de los dependientes y criados por sus

salarios. La de toda clase de personas por el precio de servicios que se prestan periódica o accidentalmente, como posaderos, acarreadores, mensajeros, barberos, etc.'.

"Conforme al artículo 2542 del Código citado, prescriben en tres años las de los maestros, pues esta disposición es así: 'Prescriben en tres años los gastos judiciales enumerados en el Título VII, Libro 1º del Código Judicial de La Unión, incluso los honorarios de los defensores; los de médicos y cirujanos; los de directores o profesores de colegios y escuelas; los de ingenieros y agrimensores y, en general, de los que ejercen cualquier profesión liberal'.

"Es de anotarse que el artículo 4º de la Ley 165 de 1941 modificó el artículo 2543 del Código Civil, disponiendo que la prescripción allí prevista es de cuatro años en vez de dos, porque dispone lo siguiente: 'Amplíase a cuatro años el término de prescripción de las acciones que correspondan al trabajador para el cobro de sus salarios y de la indemnización especial por accidente de trabajo. Queda derogado el artículo 17 de la Ley 57 de 1915' (que establecía la prescripción de un año para las acciones provenientes por indemnización de accidentes, y modificó el artículo 2543 del Código Civil).

"El Decreto extraordinario número 2350 de 1944, en la regla 9ª de su artículo 37 dispone: 'El término de la prescripción extintiva de las acciones que corresponden al trabajador para el cobro de sus salarios y de las prestaciones sociales será de un año, contado desde el día en que el interesado deje de ser empleado u obrero de la persona natural o jurídica a la cual haya prestado sus servicios; para los derechos surgidos con anterioridad al presente Decreto, el término de la prescripción extintiva sólo empezará a correr seis meses después de la promulgación del mismo'.

"La Ley 6ª de 1945 no ordena nada sobre el particular.

"El Decreto 2158 de 1948, o sea el Código de Procedimiento Laboral, dispone en su artículo 151 que 'las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haga exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación previamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual'.

"Los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo establecen que la prescripción extintiva se interrumpe en la clase de créditos a que ellos se refieren pasados los tres años, contados desde la fecha en que se hagan exigibles.

"De lo anterior es dado concluír que en cuanto a prescripción de la clase de créditos de que se trata, a través de nuestra legislación, se demarcan varios períodos.

"Así se tiene que desde la expedición de la Ley 165 de 1941 hasta la vigencia del Decreto 2350 de 1944 —artículo 37—, 'el término de prescripción de las acciones que correspondan al trabajador para el cobro de sus salarios y de la indemnización especial por accidentes de trabajo', se cumplió en cuatro años. Después de esta etapa llegó una nueva, o sea la comprendida entre la expedición del citado Decreto 2350 de 1944, que rebajó a un año la prescripción extintiva de las acciones que corresponden al trabajador para el cobro de sus salarios, pero contados desde el día en que el interesado deje de ser empleado u obrero, hasta la cesación del estado de sitio. Luego volvió a regir lo estatuído por el artículo 4º de la Ley 165 de 1941, hasta que entró en vigencia, en 1948, el Código de Procedimiento Laboral, que por su artículo 151 dispuso que 'las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años'. Y dentro de la vida legal de este período, cabe anotar, la Ley 6ª de 1945 no incide en forma alguna, porque como se observó atrás, nada dispuso sobre el particular. Finalmente, se debe anotar que en cuanto a prescripción de las acciones de que se viene tratando, el Código Sustantivo del Trabajo (Decreto extraordinario número 3743 de 1950) reprodujo el principio sentado en el año de 1948 por el Código de Procedimiento Laboral, debiéndose advertir que como no se han dictado los estatutos especiales enunciados por el artículo 4º del mismo Decreto, para reglamentar las relaciones del Derecho Individual del Trabajo entre la Administración Pública y los trabajadores de ferrocarriles, empresas, obras públicas y demás servidores del Estado, no hay otra norma que la dada por el citado artículo 151 para las acciones que emanen de las leyes sociales" (Anales del Consejo de Estado, Tomo LXI-Bis, página 231).

Esta Sala acoge la conclusión que se desprende del importante estudio jurídico del honorable Consejo de Estado, o sea la de que la prescripción de las acciones de los servidores públicos para el cobro de sus salarios y prestaciones sociales es de tres años, contados desde cuando la obligación se hace exigible. Esta conclusión es tanto más fundada si se trata de aquellos trabajadores oficiales cuyas relaciones con la Ad-

ministración Pública, en razón de la especial naturaleza de las actividades que presten, hayan de regirse por las normas propias del Código del Trabajo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., quince de diciembre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo).

Manuel Ariza Ordóñez, por medio de apoderado, demandó al Distrito Especial de Bogotá, para que fuera condenado a pagarle: los jornales dejados de percibir desde el 1º de mayo de 1952, hasta el 1º de diciembre de 1953; los salarios correspondientes a 45 días por concepto de preaviso; la suma de $ 658.26, o cuanto se probare, por lucro cesante y los intereses legales.

Según los hechos de la demanda, Ariza Ordóñez prestó servicios al Distrito Especial desde el 17 de febrero de 1933 hasta el 1º de febrero de 1952, en el cargo de talabartero tapizador; devengaba un jornal de $ 6.20, y fue retirado del servicio oficial el 31 de enero de 1952.

Fundó su derecho en los Decretos 797 de 1949, artículo 1º, parágrafo 2º, 2127 de 1945, 3871 de 1949, 70 y 71 de 1950 y 2158 de 1948, Acuerdo Municipal de Bogotá número 37 de 1949, Ley 6ª de 1945, Ley 24 de 1947, Código Sustantivo del Trabajo y artículos 47 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

En la contestación del libelo, la entidad demandada negó los hechos y el derecho invocado, solicitó la absolución total de los cargos formulados y pidió que se condenara en costas al actor. Propuso además las excepciones de prescripción e incompetencia de jurisdicción.

El Juzgado Cuarto del Círculo Judicial del Trabajo de Bogotá, que fue el del conocimiento, por sentencia de fecha 27 de septiembre de 1957, declaró probada la excepción perentoria de prescripción propuesta por la demandada, en relación con todas y cada una de las peticiones formuladas por el actor en su demanda y condenó en costas a este último.

El demandante apeló del fallo anterior, para ante el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, entidad que por sentencia de 25 de abril de 1958, confirmó en todas sus partes el fallo del *a quo,* y condenó en costas al apelante.

El apoderado de Ariza Ordóñez interpuso el recurso de casación que le fue concedido. Admitido y tramitado legalmente, va a decidirse previo estudio de la demanda. El escrito de réplica fue presentado extemporáneamente.

Alcance de la impugnación.

Persigue que se case la sentencia de segundo grado y que convertida la Corte en Tribunal de instancia, condene a la demandada de acuerdo con las pretensiones de la demanda inicial.

Con base en la causal 1ª del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, formula cinco cargos contra la sentencia, los cuales, por la conexión que tienen entre sí, serán estudiados conjuntamente.

Primer cargo.

Prescripción. Acusa la sentencia de haber violado en forma directa los artículos 2518, 2535 y 2536 del Código Civil, por no haberlos aplicado, debido a lo cual el sentenciador declaró probada la excepción de prescripción, absolviendo a la demandada. Agrega que las normas invocadas son claras en el sentido de que la prescripción ordinaria es de 20 años y no de 3.

Cita también los artículos 4º y 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código de Procedimiento Laboral, y manifiesta que éstos fueron violados directamente, el primero de ellos, por no haberlo aplicado, y los otros dos por haberlos aplicado, no siendo aplicables, ya que el demandante fue un trabajador oficial.

En el mismo cargo acusa violación indirecta de los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código de Procedimiento Laboral, violación que consistió en su aplicación indebida, por cuanto las citadas disposiciones regulan las controversias judiciales de carácter laboral entre particulares, y no aquellas en que el actor sea un trabajador oficial. Agrega que el honorable Consejo de Estado, en un caso similar, dijo que la única prescripción aplicable era la ordinaria del Código Civil.

Segundo cargo.

Contrato presuntivo.

Sostiene el recurrente que el fallo del *ad quem* violó directamente los artículos 43 y 51 del Decreto 2127 de 1945, por no haberlos mencionado e indirectamente y como corolario de la infracción directa, los artículos 17, siguientes y concordantes de la Ley 6ª de 1945.

Anota que el error de hecho consistió en la falta de apreciación del documento de folio 24, que demuestra que el actor fue despedido, no obstante lo cual la sentencia dice: "no condenó al pago

de los salarios faltantes para completar otro período semestral de trabajo".

Tercer cargo.

Preaviso.

Infracción directa de los artículos 49 y 50 del Decreto 2127 de 1945, porque el juzgador, al no tenerlos en cuenta, se abstuvo de condenar al pago de preaviso.

Además afirma que el fallo cometió error de hecho por no apreciar el certificado de la Dirección de Aseo Distrital en que consta que Manuel Ariza Ordóñez fue suspendido.

Cuarto cargo.

Aumento de jornal.

Infracción directa de los Decreto 3871 de 1949 y 70 y 71 de 1950, por no haberlos aplicado, lo que condujo al Tribunal a abstenerse de condenar al pago de aumento de jornal.

Ataca también por error de hecho, y al efecto dice:

"A los folios 28, 29 y 30 del cuaderno principal aparece el Certificado número 902 de la Contraloría General del Distrito Especial. En este Certificado aparece Manuel Ariza Ordóñez devengando un jornal de seis pesos con veinte centavos ($ 6.20) en el año de 1950, y el mismo jornal en el año subsiguiente. Esto significa que no pagó el Distrito Especial aumento a Manuel Ariza Ordóñez. Como la sentencia no apreció esa prueba o certificación cometió error de hecho, por lo cual debe ser casada".

Quinto cargo.

Salarios caídos.

Sostiene el recurrente que no habiendo condenado la sentencia al pago de los salarios caídos, violó, por infracción directa, el artículo 1º, parágrafo 2º del Decreto 797 de 1949, ya que no lo tuvo en cuenta.

Y añade que incurrió en error de hecho porque "al folio 29 de los autos aparece que en los años posteriores a 1950 no se le hizo aumento a Manuel Ariza Ordóñez".

Se considera:

No sin observar que los cargos en su formulación adolecen de evidentes deficiencias técnicas, procede la Sala a examinarlos por amplitud.

La cuestión fundamental es la relativa a la prescripción, ya que el sentenciador dio por demostrada esta excepción perentoria respecto de todas las peticiones del demandante.

El fallo acusado dice:

"De acuerdo con la demanda y con la certificación que aparece al folio 28 y ss. de este expediente, el actor se retiró del servicio de la entidad demandada el 21 de enero de 1952, fecha en la que concluyó la relación laboral iniciada en 1933.

"El señor apoderado de la personería, propuso oportunamente la excepción de prescripción, que se encuentra probada con base en los escritos citados, toda vez que transcurrieron más de 3 años desde que las respectivas obligaciones demandadas se hicieron exigibles hasta la fecha en que se formularon las peticiones al Alcalde Mayor para agotar el procedimiento gubernativo (9 de noviembre de 1956).

"El artículo 151 del Código de Procedimiento del Trabajo es muy claro al respecto al referirse a la prescripción de acciones que emanen de las leyes sociales, lo que indica que no distingue entre reglamentos de trabajadores particulares u oficiales (con contrato de trabajo o sin él), sino que allí comprende todas las disposiciones que consagran derechos sociales".

Sostiene el recurrente, aludiendo a una sentencia del Consejo de Estado, que la prescripción aplicable a los trabajadores oficiales es la ordinaria de veinte años establecida en el Código Civil.

Mas acontece que la misma alta corporación, refiriéndose a la prescripción de los créditos provenientes de las jubilaciones y otras prestaciones reconocidas a trabajadores oficiales, en fallo del 6 de agosto de 1959, ha expuesto una tesis distinta, así:

"Prescriben en dos años para los salarios, según lo dispone el artículo 2543 del Código Civil, que reza:

"Prescribe en dos años la acción de los mercaderes, proveedores y artesanos, por el precio de los artículos que despachan al menudeo.

"La de los dependientes y criados por sus salarios.

"La de toda clase de personas por el precio de servicios que se prestan periódica o accidentalmente, como posaderos, acarreadores, mensajeros, barberos, etc.".

"Conforme al artículo 2542 del mismo Código prescriben en tres años las de los maestros, pues esta disposición es así:

"Prescriben en tres años los gastos judiciales enumerados en el Título VII, Libro I del Código Judicial de La Unión, incluso los honorarios de los defensores; los de médicos y cirujanos; los de Directores o profesores de colegios y escuelas; los de ingenieros y agrimensores, y, en general, de los que ejercen cualquier profesión liberal".

"Es de anotarse que el artículo 4º de la Ley 165 de 1941 modificó el artículo 2543 del Código Civil, disponiendo que la prescripción allí prevista es de cuatro años en vez de dos, porque dispone lo siguiente:

"Amplíase a cuatro años el término de prescripción de las acciones que correspondan al trabajador para el cobro de sus salarios y de la indemnización especial por accidente de trabajo.

"Queda derogado el artículo 17 de la Ley 57 de 1915" (que establecía la prescripción de un año para las acciones provenientes por indemnizaciones de accidentes), y modificó el artículo 2543 del Código Civil.

"El Decreto extraordinario número 2350 de 1944, en la regla novena de su artículo 37 dispone:

"El término de la prescripción extintiva de las acciones que corresponden al trabajador para el cobro de sus salarios y de las prestaciones sociales será de un año, contado desde el día en que el interesado deje de ser empleado u obrero de la persona natural o jurídica a la cual haya prestado sus servicios; para los derechos surgidos con anterioridad al presente Decreto, el término de la prescripción extintiva sólo empezará a correr seis meses después de la promulgación del mismo".

"La Ley 6ª de 1945 no ordena nada sobre el particular.

"El Decreto 2158 de 1948, o sea el Código de Procedimiento Laboral, dispone en su artículo 151 que 'las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haga exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación previamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual'.

"Los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo establecen que la prescripción extintiva se interrumpe en la clase de créditos a que ellos se refieren pasados los tres años, contados desde la fecha en que se hagan exigibles.

"De lo anterior es dado concluír que en cuanto a prescripción de la clase de créditos de que se trata, a través de nuestra legislación, se demarcan varios períodos.

"Así se tiene que desde la expedición de la Ley 165 de 1941 hasta la vigencia del Decreto 2350 de 1944 —artículo 37— 'el término de prescripción de las acciones que correspondan al trabajador para el cobro de sus salarios y de la indemnización especial por accidente de trabajo', se amplió a cuatro años. Después de esta etapa llegó una nueva, o sea la comprendida entre la expedición del citado Decreto 2350 de 1944, que rebajó a un año la prescripción extintiva de las acciones que corresponden al trabajador para el cobro de sus salarios, pero contados desde el día en que el interesado deje de ser empleado u obrero, hasta la cesación del estado de sitio. Luego volvió a regir lo estatuído por el artículo 4º de la Ley 165 de 1941 hasta que entró en vigencia, en 1948, el Código de Procedimiento Laboral, que por su artículo 151 dispuso que 'las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años'. Y dentro de la vida legal de este período, cabe anotar, la Ley 6ª de 1945 no incide en forma alguna, porque como se observó atrás, nada dispuso sobre el particular. Finalmente se debe anotar que en cuanto a prescripción de las acciones de que se viene tratando, el Código Sustantivo del Trabajo (Decreto extraordinario número 3743 de 1950) reprodujo el principio sentado en el año de 1948 por el Código de Procedimiento Laboral, debiéndose advertir que como no se han dictado los estatutos especiales enunciados por el artículo 4º del mismo Decreto para reglamentar las relaciones del Derecho Individual del Trabajo entre la Administración Pública y los trabajadores de ferrocarriles, empresas, obras públicas y demás servidores del Estado, no hay otra norma que la dada por el citado artículo 151 para las acciones que emanen de las leyes sociales". (Anales del Consejo de Estado, Tomo LXI-Bis, pág. 231).

Esta Sala acoge la conclusión que se desprende del importante estudio jurídico del honorable Consejo de Estado, o sea la de que la prescripción de las acciones de los servidores públicos para el cobro de sus salarios y prestaciones sociales es de tres años contados desde cuando la obligación se hace exigible. Esta conclusión es tanto más fundada si se trata de aquellos trabajadores oficiales cuyas relaciones con la administración pública, en razón de la especial naturaleza de las actividades que presten, hayan de regirse por las normas propias del contrato de trabajo.

Con la referida conclusión coincide el criterio que condujo al Tribunal fallador a declarar probada la excepción de prescripción en el caso de autos. Y como tal excepción comprende todas las peticiones que son objeto de los restantes cargos, la demanda de casación en ninguno de ellos puede prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia recurrida.

Sin costas.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONTRATO DE TRANSPORTE Y CONTRATO DE TRABAJO. TECNICA DEL RECURSO DE CASACION. VIOLACION DIRECTA Y VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

Diversos supuestos en que tiene ocurrencia la violación directa de la ley. El error de hecho y el de juicio no pueden confundirse, pues obedecen a modalidades distintas y son de estructura diferente, por lo que deben alegarse, sustentarse y demostrarse separadamente y en forma diversa.

Con base en el acervo probatorio, el Tribunal estimó que las relaciones que pudieron existir entre el demandante y las empresas demandadas son las que se derivan de un contrato de transporte, y no las que corresponden al de trabajo que no existió entre las partes. Siendo este el punto jurídico que se discute, es evidente que el problema queda circunscrito a una cuestión de hecho, referida a las pruebas aportadas al proceso. De allí que tenga razón el opositor en cuanto afirma en el escrito de réplica a la demanda, que ésta adolece de fallas técnicas que la hacen inestimable, por no atemperarse a los requisitos formales del recurso.

En efecto, el único cargo contra la sentencia se presenta por violación directa de las disposiciones legales que en él se citan. Este planteamiento significa que, para el recurrente, se trata de un error de juicio, y si ello es así, debe resolverse de la simple confrontación que se haga entre la sentencia y la ley, con prescindencia de toda consideración sobre la prueba.

Toda violación directa de la ley, según reiterada jurisprudencia de la Corte, parte de la base de que la sentencia no aplique la norma que regula el caso debatido y establecido en el proceso, o que la aplique a hecho no demostrado en él, o que la haga producir efectos contrarios a la norma, o no deduzca las consecuencias en ella previstas, o la interprete con desacierto siendo claro su sentido, o que, ofreciendo diversos significados, escoja el que menos se conforma al alcance y contenido de la disposición. Ahora bien, ocurre que el impugnador para demostrar la violación directa de las disposiciones que estima infringidas, desarrolla la acusación sobre la base de reabrir el examen probatorio, a fin de establecer que el Tribunal incurrió en error de hecho al no declarar la existencia del contrato de trabajo entre las partes, a consecuencia de haber apreciado equivocadamente unas pruebas y de haber dejado de estimar otras, que señala. Lo anterior conduce a estimar que el cargo así formulado no puede prosperar, pues, como se ha visto, en el evento que se contempla en la sentencia la violación de la ley no pudo acontecer directamente, sino a través de los supuestos errores en la apreciación probatoria, es decir, por vía indirecta. El error de hecho y el de juicio no pueden confundirse, pues obedecen a modalidades distintas y son de estructura diferente, por lo que deben alegarse, sustentarse y demostrarse separadamente y en forma diversa.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., quince de diciembre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A.).

En escrito presentado ante el Juzgado del Trabajo del Círculo Judicial de Barrancabermeja, Teodoro Mendoza, por medio de apoderado, formuló demanda contra "Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A.", la que posteriormente, a virtud de corrección hecha en la primera audiencia de trámite, hizo extensiva a la empresa "Distribuidora Bavaria S. A.", represen-

tadas ambas sociedades por el doctor Vicente de la Cuesta, para que fuesen condenadas "conjunta o solidariamente o en forma independiente o exclusiva", a pagarle las siguientes sumas de dinero: $ 5.501.65 por auxilio de cesantía, $ 5.059.00 por prima de servicios, $ 2.259.50 por vacaciones, $ 3.624.90 por trabajo en dominicales y festivos, $ 3.288.20 por salarios de 78 días faltantes para cumplirse el último período presuntivo de trabajo, $ 7.600.00 como indemnización de perjuicios (daño emergente y lucro cesante) causados por ruptura ilegal del contrato; el valor de la indemnización por mora en el pago de las prestaciones debidas, y las costas del juicio. Solicitó que las condenas anteriores fuesen precedidas de la declaración de que entre las partes de este juicio, "existió un contrato verbal de trabajo de tiempo indefinido o sin estipulación de términos, por servicios de distribución y bodegaje de productos Bavaria a órdenes de las Agencias Distribuidoras de San Vicente y Barrancabermeja".

Los hechos en que fundamentó la acción aparecen relacionados en forma sintética en la sentencia del Tribunal, así:

"Que Mendoza prestó sus servicios a la empresa demandada en la población de San Vicente, como distribuidor y expendedor de Cervezas Bavaria desde el mes de octubre de 1950 hasta mediados del mes de noviembre de 1953, y desde esta fecha prestó los mismos servicios en la Agencia de la misma empresa Bavaria en la ciudad de Barrancabermeja hasta el doce de febrero de 1955. El día 12 de febrero dicho, el agente de Bavaria en Barrancabermeja dio por terminado el contrato. Que Mendoza atendía, además de la distribución de cerveza, la bodega de la Agencia, la aseaba a diario, recibía la carga, entregaba el envase, atendía los pedidos y, en fin, que trabajaba sin excepción durante todos los días y que no ejecutaba labor distinta durante el tiempo a que se refiere la demanda". Debe agregarse, conforme a lo expresado en el hecho cuarto de la demanda, que durante el tiempo en que Mendoza prestó sus servicios en la población de San Vicente, y hasta el mes de abril de 1954 en Barrancabermeja, realizó la labor de distribución en un vehículo de su propiedad. Que a partir de este último mes "la empresa le dio en tenencia un camión nuevo con pacto accesorio de venta, para que lo destinara exclusivamente a la adecuada distribución de sus productos".

Como fundamentos de derecho invocó los artículos 24, 55, 47, 54, 64, 65, 66, 249 y siguientes, 127 a 144, 306 a 308, 172 y siguientes, 179 y siguientes, 186 y siguientes, del Código Sustantivo del Trabajo. Los Decretos 616 y 617 de 1954 y 2158 de 1948, y los artículos 1602 y siguientes, y 1614 del Código Civil.

El Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A., por medio de apoderado, dio respuesta a la demanda, oponiéndose a que se hicieran las declaraciones y condenas pedidas por el actor. Negó unos hechos y dijo no constarle los otros. Propuso, como perentorias, las excepciones de "ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada o falta de legitimidad en causa", que fundamentó en el hecho de que "el contrato a que alude el actor no fue celebrado con Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A.".

Resueltas y superadas las incidencias presentadas en la tramitación inicial del juicio, Distribuidora Bavaria S. A. dio respuesta a la demanda, por medio de apoderado, en escrito que obra en el cuaderno segundo de folios 92 a 95. Negó la existencia de un vínculo contractual de trabajo con el demandante, y se opuso a las peticiones de la demanda. Respecto a los hechos, el representante de la sociedad dijo no constarle la mayor parte de ellos, y negó el primero y el once. Propuso, como perentorias, las excepciones que denominó "carencia de acción" y la "genérica extintiva de obligaciones, según resulten de las probanzas".

Surtido el trámite de rigor, el Juzgado del conocimiento profirió sentencia con fecha 8 de octubre de 1956, por medio de la cual condenó a la empresa "Distribuidora Bavaria S. A.", a pagar al demandante la suma de $ 19.560.00, por concepto de cesantía, prima de servicios, vacaciones, dominicales y festivos, y "plazo presuntivo" (numeral 1º). Al pago de la cantidad de $ 39.12 por cada día de retardo, contados a partir del día 13 de febrero de 1955 y hasta el día en que se verifique el pago, por concepto de la indemnización prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo (numeral 2º). Al pago de las costas del juicio (numeral 3º). Absolvió a esta sociedad de los demás cargos formulados en la demanda (numeral 4º). Absolvió al Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A. de todos los cargos formulados en el libelo de demanda (numeral 5º).

Contra la sentencia del Juzgado interpuso recurso de apelación el apoderado de las empresas demandadas. Decidió el recurso de alzada la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, por sentencia de fecha 8 de marzo de 1957, por medio de la cual revocó la de primer grado, en cuanto a las condenas proferidas contra "Distribuidora Bavaria S. A."

y la absolvió de todos los cargos formulados en la demanda. Confirmó la absolución hecha por el *a quo* respecto del Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A. No hizo condenación en costas.

El apoderado del demandante interpuso recurso de casación contra la sentencia del Tribunal, el que le fue concedido. Admitido y tramitado legalmente, esta Sala pasa a decidirlo, teniendo en cuenta la demanda y el correspondiente escrito de réplica.

El recurso.

Alcance de la impugnación.

Aspira el recurrente a que se case la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en cuanto revocó la proferida por el Juzgado del Trabajo de Barrancabermeja y absolvió a "Distribuidora Bavaria S. A.", para que, en su lugar, "se hagan las declaraciones y condenaciones impetradas en la demanda".

Sin indicar la causal en que se funda, presenta un solo cargo contra la sentencia impugnada.

Cargo único.

Acusa la sentencia de "infracción directa de la ley sustantiva laboral como consecuencia de error de hecho en apreciación de unas pruebas y falta de apreciación de otras".

Agrega que "consiste este cargo en no haber apreciado el Tribunal en la sentencia impugnada las libretas marcadas en sus carátulas como folios 2, 12 y 13 del cuaderno número 1", que se adjuntaron a la demanda, y respecto a las cuales, en la primera audiencia de trámite solicitó fueran tenidas como prueba, hecho que así fue decretado por el Juez. Dice que en las libretas de "relación de ventas diarias" aparecen anotaciones de ventas hechas por Mendoza, lo cual se afirmó desde la demanda, en el aparte "medios de prueba", sin que en el juicio hubiesen sido objetadas por la parte demandada, lo que en su concepto implica un reconocimiento tácito al tenor de lo dispuesto por el artículo 645 del Código Judicial, y, por lo tanto, tienen valor de plena prueba. Que no obstante lo anterior, el Tribunal no las tuvo en cuenta, ni dedujo de ellas las necesarias consecuencias, cuales eran las de que Mendoza no solamente era transportador de Distribuidora Bavaria, sino también vendedor de los productos que la empresa distribuía.

Manifiesta que situación similar a la anterior es la que ocurría con la libreta de facturas o pedidos del folio 2 del cuaderno número 1, y con los recibos que forman los folios 3 a 11 del mismo cuaderno, de los cuales se deduce: a) Que Teodoro Mendoza hacía expendios y ventas de cerveza; b) Que las sumas pagadas por la camioneta lo eran a la misma Distribuidora Bavaria, y c) Que la misma Distribuidora Bavaria S. A. suministró el vehículo a Teodoro Mendoza, aunque valiéndose del subterfugio de abrirle una cuenta corriente a la cual fuera haciendo abonos y hacérselo dar en tenencia por interpuesta persona, que para el caso fue otra filial de Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A., o sea, Cervecería Bucaramanga S. A.

Continúa textualmente: "Consiste, además, este cargo en haber apreciado erróneamente las pruebas que se irán enumerando y comentando a continuación".

En seguida cita y transcribe apartes de las declaraciones rendidas por: Mario Sánchez Castro (fl. 4 del c. 3º), Daniel París Chiape (fls. 32 y ss. del c. 3º), Neftalí Navarro (fl. 7 vto. del c. 3º), Darío Castillo (fl. 8 del c. 3º), Santiago Picón (fl. 10 vto. del c. 3º), Pedro Rodríguez (fl. 11 del c. 3º), Carlos Gómez (fl. 13 del c. 3º), Guillermo Díaz (fl. 14 vto. del c. 3º), Pastor López (fl. 16 vto. del c. 3º), Eduardo Pradilla (fl. 16 vto. del c. 3º) y Juan González (fl. 17 del c. 3º), y dice: "El conjunto de estos testimonios por lo responsivos, claros, precisos y concordantes forman una vigorosa y plena prueba a favor de las pretensiones de Mendoza, y a pesar de ello el Tribunal no les dio todo su valor".

Hace un análisis de la declaración de Alfredo Zárate Moreno (fl. 36 vto. del c. 3º), y dice que el Tribunal no le dio todo el alcance que tenía. Cita también las pruebas siguientes: diligencia de absolución de posiciones por parte de Teodoro Mendoza (fls. 44 y vto. del c. 3º), testimonio de Juan Ulloa Forero (fls. 48 y ss. del c. 3º) y diligencia de inspección ocular (fls. 57 a 65 del c. 3º); en relación con la última, manifiesta que hay un comprobante muy importante, del cual se dejó constancia en ella (fl. 57 del c. 3º), y del que se desprende que Distribuidora Bavaria S. A. "cuando menos una vez pagó un repuesto para la camioneta, que ha sido uno de los puntos controvertidos en este juicio"; agrega que el Tribunal apreció erróneamente esta prueba, o mejor dejó de apreciarla, pues ni la menciona en su fallo, ni se observa que haya influído en él.

Para finalizar dice que el Tribunal subestimó el contenido de las declaraciones rendidas por

Juan Hernández (fl. 69, c. 3º), Manuel Valbuena (fl. 72, c. 3º), Hermógenes Arango (fl. 75, c. 3º) y Miguel Restrepo (fl. 76, c. 3º), y concluye así:

"De todas las pruebas anteriormente enumeradas resulta demostrado de modo pleno y fehaciente la existencia del contrato de trabajo entre Teodoro Mendoza y Distribuidora Bavaria S. A., o cuando menos la coexistencia de un contrato de transporte y una relación laboral entre dichas partes.

"De manera que el haber dejado de apreciar unas pruebas y de haber apreciado erróneamente otras condujo al Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Laboral, a aplicar de modo excluyente el artículo 5º del Decreto 826 de 1954, y como consecuencia de tal aplicación a violar directamente los artículos 20, 22, 23, 24, 27, 37, 47, 49, 64, 65, 66, 127, 132, 133, 134, 161, 172, 176, 177, 179, 181, 186, numeral 1º, artículo 7º, numeral 2º y 8º del Decreto número 617 de 1954, 249, 253 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo al no darles aplicación, siendo aplicables, en la sentencia que impugno".

El apoderado de las empresas demandadas, en el escrito de réplica, señala algunas deficiencias de orden técnico de que adolece la demanda de casación. Expresa, al respecto, que el cargo no puede proponerse, como hace el recurrente, por violación directa de las normas que en él se citan, si se considera que esta clase de infracción es independiente de toda cuestión de hecho; que lo discutido en el caso *sub judice* es un problema de esta clase, pues hace referencia a la determinación de la naturaleza de la relación jurídica que vinculó al demandante con las empresas demandadas, de donde concluye que resulta ineficaz la acusación si se atiende a las exigencias de la doctrina y de la jurisprudencia, aplicables a este recurso extraordinario. Más adelante, analiza las pruebas aportadas al proceso para afirmar que el fallo del *ad quem* se ajusta a la realidad procesal, y a los ordenamientos legales invocados en el mismo, por lo que pide se rechace la acusación.

La Corte considera:

El Tribunal, después de analizar las declaraciones aportadas al proceso, lo mismo que la diligencia de inspección ocular, las posiciones absueltas por el demandante, Teodoro Mendoza, y los documentos relativos a la compra que éste hizo de un camión a la empresa "Cervecería Bucaramanga S. A.", pruebas éstas que toma en cuenta para determinar la naturaleza de la relación que vinculó a las partes, expresa lo siguiente:

"Estas pruebas llevan a la Sala a pensar que Mendoza lo que tenía era una empresa de transportes al tenor del artículo 5º del Decreto 826 de 1954, que dice: 'La empresa de transportes automotores es la persona natural o jurídica que se dedica, mediante un precio, al transporte de pasajeros o carga o de pasajeros y carga por las carreteras y calles de uso público, en uno o más vehículos de su propiedad, o que no siéndolo se encuentran al servicio de la empresa bajo su administración, control y responsabilidad'.

"Y entonces no puede creerse que entre Mendoza y la empresa demandada existiera el contrato de trabajo que define el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo, porque la empresa de transporte es distinta de la persona natural, y porque esa otra empresa tampoco estaba o puede estar bajo la continua dependencia o subordinación de la otra dependencia (sic).

"Confirma más esta tesis la prueba que obra en los autos, muy repetidamente, que Mendoza hacía los gastos del transporte, y entonces la Sala se pregunta: cómo se fija el salario si con lo que recibió por fletes tenía Mendoza que atender a los gastos de sostenimiento de su empresa de transportes, tales como desgaste de la máquina, gasolina, aceite y reparaciones y repuestos. Pero está probado, como lo está, que Mendoza pagaba los jornales de los ayudantes del camión, que pagó de su propio peculio las reparaciones del vehículo, que pagó los combustibles que éste consumía, son cosas que acreditan la independencia del transportador Mendoza, porque los trabajadores no adquieren obligaciones de este género sino que aportan únicamente su trabajo, y entonces hay que concluír que no existió entre Mendoza y las empresas demandadas dependencia originada por contrato de trabajo sino la que depende del contrato de transportes".

Como se observa de lo transcrito, el Tribunal, con base en el acervo probatorio a que se ha hecho referencia, estimó que las relaciones que pudieron existir entre el demandante y las empresas demandadas, son las que se derivan de un contrato de transporte, y no las que corresponden al de trabajo que no existió entre las partes. Siendo este el punto jurídico que se discute, es evidente que el problema queda circunscrito a una cuestión de hecho, referida a las pruebas aportadas al proceso. De allí que tenga razón el opositor, en cuanto afirma en el escrito de réplica a la demanda, que ésta adolece de fallas

técnicas que la hacen inestimable, por no atemperarse a los requisitos formales del recurso.

En efecto, el único cargo contra la sentencia se presenta por *violación directa* de las disposiciones legales que en él se citan. Este planteamiento significa que, para el recurrente, se trata de un error de juicio, y si ello es así, debe resolverse de la simple confrontación que se haga entre la sentencia y la ley, con prescindencia de toda consideración sobre la prueba. Toda violación directa de la ley, según reiterada jurisprudencia de la Corte, parte de la base de que la sentencia no aplique la norma que regula el caso debatido y establecido en el proceso, o que la aplique a hecho no demostrado en él, o que la haga producir efectos contrarios a la norma, o no deduzca las consecuencias en ella previstas, o la interprete con desacierto, siendo claro su sentido, o que, ofreciendo diversos significados, escoja el que menos se conforme al alcance y contenido de la disposición. Ahora bien, ocurre que el impugnador para demostrar la violación directa de las disposiciones que estima infringidas, desarrolla la acusación sobre la base de reabrir el examen probatorio, a fin de establecer que el Tribunal incurrió en error de hecho al no declarar la existencia del contrato de trabajo entre las partes, a consecuencia de haber apreciado equivocadamente unas pruebas y de haber dejado de estimar otras, que señala. Lo anterior, conduce a estimar, que el cargo así formulado no puede prosperar, pues, como se ha visto, en el evento que se contempla en la sentencia la violación de la ley no pudo acontecer directamente, sino a través de los supuestos errores en la apreciación probatoria, es decir, por vía indirecta. El error de hecho y el de juicio no pueden confundirse, pues obedecen a modalidades distintas y son de estructura diferente, por lo que deben alegarse, sustentarse y demostrarse separadamente y en forma diversa.

No obstante las deficiencias anotadas, la Sala, procediendo con amplitud de criterio, ha estudiado la acusación y reabierto el examen probatorio de las piezas que el recurrente indica como dejadas de apreciar y como equivocadamente estimadas por el sentenciador, y ha llegado a la conclusión de que no resulta establecido el error de hecho que el recurrente atribuye al Tribunal, o por lo menos que no aparece configurado en forma evidente y manifiesta, como lo exige la ley, para que sea capaz de invalidar la sentencia.

En efecto, no existe en el proceso prueba alguna que, confrontada con la que tuvo en cuenta el Tribunal al decidir, sea capaz de producir la convicción cierta e indudable de que, en el caso de autos, lo que existió fue un contrato de trabajo entre Teodoro Mendoza y las empresas demandadas, y no que éste fue un trabajador independiente, un acarreador o transportador, como lo estimó el *ad quem*. Las declaraciones que el recurrente cita como erróneamente interpretadas por el Tribunal, lo mismo que la diligencia de inspección ocular y las posiciones absueltas por el demandante, a juicio de la Sala, fueron rectamente analizadas y estimadas por el sentenciador. Este no desconoció que, de algunos de los testimonios aportados, principalmente de los rendidos por Guillermo Díaz, Pastor López, Eduardo Pradilla, Juan González, se podía afirmar la realización o ejecución de ciertas actividades por parte del demandante, que permitían considerarlo "como empleado permanente de la Agencia Distribuidora de Bavaria".

Sin embargo, frente a estos testimonios encontró las declaraciones de Alfredo Záraté Moreno, de Daniel París y Juan Ulloa, lo mismo que la diligencia de posiciones absueltas por el demandante y lo constatado en la inspección ocular, y con apoyo en éstas pruebas que estimó más vigorosas y fuertes para esclarecer el litigio y hallar la verdad real, produjo la decisión, dando así prevalencia a estos elementos de convicción y desechando los testimonios primeramente indicados. Y si, como es verdad, de esa valoración probatoria no resulta equivocado el criterio del Tribunal, ni configurada la existencia de un error manifiesto, la Corte no puede menos que respetar la libertad de apreciación del fallador de instancia, sin que le sea dado invalidar su decisión, ni aun en el supuesto de que su propio juicio hubiese sido contrario a la estimación hecha por el *ad quem*.

Respecto a las libretas y recibos que el recurrente cita como dejados de apreciar por el sentenciador, la Sala advierte que tales documentos no contienen obligación alguna a cargo de las empresas demandadas. Los primeros (las libretas) consisten en apuntes o anotaciones de nombres de personas y de cantidades de cerveza, hechas, según se afirma, por el propio demandante. La circunstancia de que tales apuntes privados hayan sido llevados al juicio y obrado en él, con conocimiento de la parte contraria, no pueden tener la virtualidad de crear y demostrar obligación alguna a cargo de las demandadas, máxime si se tiene en cuenta que no fueron esos documentos otorgados ni suscritos por representantes de las empresas. No podía, pues, darle aplicación el Tribunal a lo previsto en el artículo 645 del Código Judicial.

Los recibos a que alude el recurrente, hacen constar pagos hechos por el demandante para abonar al precio de un vehículo que adquirió por venta que le hizo, con reserva del dominio, una sociedad distinta de las demandadas, como lo es "Cervecería de Bucaramanga S. A.", según el contrato que obra de folios 88 a 90 del cuaderno número 2.

Por todo lo anterior el cargo no prospera.

Con base en las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia impugnada.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RECURSO DE HOMOLOGACION. IRRETROACTIVIDAD DE LOS FALLOS ARBITRALES. FACULTADES Y COMPETENCIA DE LOS ARBITROS. EL LAUDO ARBITRAL Y LA COSA JUZGADA. EXTENSION DEL FALLO ARBITRAL. PRESTAMOS DEL BANCO A SUS PROPIOS EMPLEADOS. JORNADA MAXIMA LEGAL

1. Significado del artículo 374, numeral 2º del Código del Trabajo. — 2. Los fallos arbitrales y la cosa juzgada. — 3. Constitución extemporánea del Tribunal Arbitral. — 4. Instalación retardada del Tribunal. — 5. Facultades del Gobierno para hacer extensivos los laudos arbitrales. — 6. El juicio del árbitro en el conflicto colectivo es de equidad y la apreciación que se haga de ella, como esencialmente subjetiva, escapa a la revisión de la Corte. — 7. Las facultades del árbitro dependen de la naturaleza del conflicto, según que éste sea de índole económica, jurídica o mixta. El fallo del arbitrador es constitutivo y de declaración el que pronuncia el árbitro. Para la Sala, la petición de que el nuevo acto que debe reemplazar al precedente rija desde la fecha de la expiración de éste, entraña en el fondo una acción de declaración, esto es, una cuestión de derecho, extraña a las facultades del arbitrador. Las partes, en la convención, pueden acordar que la vigencia empiece antes de su firma, pero de este poder no goza el árbitro. Las ordenaciones de los fallos arbitrales rigen para el futuro, no hacia el pasado. — 8. Los préstamos que hagan los bancos a sus empleados con destino a la adquisición de viviendas no están sometidos al régimen legal normativo de sus operaciones comunes y corrientes, sino a las normas del derecho social, principalmente. 9. No cabe duda que las partes, contractualmente, pueden reducir la jornada máxima legal, pero el árbitro no tiene facultades para estatuír en tal sentido.

1. Dice el recurrente que para que exista el conflicto deben agotarse primero los contactos directos entre el empresario y los obreros; en caso de desacuerdo es cuando puede intervenir el sindicato de base o de industria, y como en el expediente no existe prueba de que así hubiera ocurrido, fue prematura la intervención de la entidad sindical, porque no se presentó la hipótesis que contempla el artículo 374 del Código del Trabajo.

Se observa: el artículo 373 del Código Sustantivo del Trabajo enumera las funciones principales de todos los sindicatos: el 374, ibídem, les señala otras, entre las cuales el numeral 2º menciona las siguientes: "Presentar pliegos de peticiones relativos a las condiciones de trabajo o a las diferencias con los patronos, cualquiera que sea su origen y que no estén sometidas por la ley o la convención a un procedimiento distinto, o que no hayan podido ser resueltas por otros medios".

Observa la Sala: Es al sindicato que tenga la representación de los trabajadores, y no a éstos, a quien corresponde la presentación del pliego de peticiones, al tenor del precepto legal transcrito.

En el caso de autos lo que los trabajadores, por conducto del sindicato, plantearon al patrono fue un conflicto colectivo. Así las cosas, para que éste surja, no es indispensable que se agoten primero los contactos directos entre las partes, como lo afirma el acusador. El pliego de peticiones es la manifestación que exterioriza la presencia del conflicto. La tesis del impugnante llevaría a la consecuencia de que son dos las contiendas: una anterior a la presentación del

pliego petitorio y otra después de la ejecución de ese acto. La consumación de dos actividades tendientes al mismo fin resultaría inoficiosa. No tiene este significado el artículo 374 del Código, ni puede atribuírse al legislador semejante desacierto.

2. Entre el fallo arbitral que decide un conflicto colectivo y el de la misma naturaleza que resuelve otro entre las mismas partes, no existen los elementos integrantes de la cosa juzgada previstos por la ley en los procesos civiles en que se ventilan cuestiones de derecho privado, pues el laudo reglamenta las condiciones de trabajo durante su vigencia, que es siempre temporal, no de manera estable y definitiva.

3. El acusador dice que por haber sido constituído el Tribunal fuera del plazo prescrito por la ley, no adquirió competencia para decidir el conflicto, por lo cual todo lo actuado, desde su convocatoria, es nulo. Arguye sobre el punto que la etapa de conciliación terminó el 6 de abril de 1962, sin haber llegado las partes a ningún acuerdo; que conforme al artículo 453 del Código Sustantivo del Trabajo, el Ministerio ha debido convocar dentro de los cinco días siguientes a la fecha expresada, esto es, a más tardar, el 12 de abril; que, sin embargo, la resolución de convocatoria fue expedida por aquél el 4 de mayo siguiente, vencido el término de que disponía para tal fin. Como consecuencia de la irregularidad anotada, el recurrente sostiene que el Ministerio violó el Decreto 525 de 1956, sustitutivo del artículo 453 del citado Código y los artículos 485 y 487, ibídem.

Para la Corte no son aceptables los argumentos del impugnador. No critican la resolución ministerial por falta de competencia, sino por el hecho de que fue expedida extemporáneamente. Al efecto debe observarse que los actos de los Ministros que se estimen contrarios a la Constitución o la ley, o expedidos con abuso o desviación de poder, o simplemente irregulares, son acusables por cualquier persona ante el contencioso de anulación, en la forma y términos prescritos en la Ley 167 de 1941. Mientras no hayan sido anulados por la autoridad jurisdiccional competente, si han sido dictados en uso de facultades legales, como ocurre en el asunto litigioso, conservan plena validez. Por consiguiente, no podría la Sala, sin exceder el límite de sus atribuciones, declarar la nulidad del proceso arbitral con fundamento en la ineficacia jurídica de la resolución del Ministerio de que se ha hecho referencia.

4. Con relación al atraso en la instalación del Tribunal, el recurrente sostiene que por tal motivo el laudo es inexequible y, a la vez, que carece de fuerza legal, por incompetencia del fallador. Sobre el primer aspecto la Sala observa que la inexequibilidad de los fallos arbitrales no tiene por causa defectos administrativos de la índole que anota el acusador, sino los motivos específicos que señalan el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo y el 143 del Código de Procedimiento Laboral. Con respecto al segundo, el fallo arbitral da las razones justificativas de la demora en la instalación del Tribunal, que por tener respaldo probatorio en el expediente, la Sala encuentra satisfactorias.

Las consigna el Tribunal en el pasaje de su decisión en que dice que tanto el banco como la Asociación Colombiana de Empleados Bancarios y el Ministerio del Trabajo, dentro de la oportunidad que se fijó en la resolución constitutiva del Tribunal, designaron inicialmente sus árbitros; pero, primero por excusa del árbitro de los empleados y luego por renuncia del árbitro del Gobierno, fueron necesarias nuevas y sucesivas designaciones, circunstancia que retrasó la instalación del Tribunal hasta el 9 de agosto.

De otro lado, como lo anota con acierto el Tribunal, la demora en la aceptación y posesión de los árbitros puede dar lugar, según el caso, a que las partes o el Gobierno los reemplace, pero la demora, en sí misma, tampoco está erigida por la ley como causal de incompetencia.

5. El punto primero del pliego de peticiones fue resuelto por el laudo así: "El Banco quedará obligado a cumplir todas las normas de los laudos arbitrales anteriores al presente, que el Gobierno haya extendido al mismo, con las modificaciones, adiciones o explicaciones que resulten de esta decisión. El Banco pagará a los trabajadores sindicalizados el valor de los beneficios no recibidos y determinados en los citados laudos".

El recurrente ataca esta decisión, porque de acuerdo con sentencia de la Corte el Royal Bank no fue parte en el conflicto decidido por el laudo de 9 de noviembre de 1960, cuyos efectos extendió el Gobierno al nombrado establecimiento bancario por medio del Decreto 435 de 22 de febrero de 1961.

Se considera:

No significa el fallo de la Corte que el Gobierno carezca de facultad para hacer uso de la autorización que le otorga el artículo 472 del Código Sustantivo del Trabajo, ni se presta para entenderlo así, entre otras razones, porque

la corporación no es la autoridad competente para juzgar la legalidad de los actos expedidos por la Administración Pública. Otra es la autoridad jurisdiccional que, conforme a la Constitución y las leyes, tiene ese encargo.

En el curso del proceso arbitral ha sostenido el Banco que no se considera obligado al cumplimiento de laudos anteriores porque los decretos que ha dictado el Gobierno, extendiendo sus efectos al Royal Bank, son ilegales.

Para la Sala el argumento no es atendible. No queda al arbitrio de los particulares abstenerse de cumplir los actos que expida la Administración Pública en ejercicio de sus funciones, porque en su concepto sean ilegales. Cuando así los consideren, deben acudir a la autoridad competente solicitando su nulidad. Sin una declaración previa en tal sentido, nadie puede rebelarse contra los decretos que dicte el Gobierno en uso de poderes que conforme a la ley le correspondan; sobre el punto es clara su competencia, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 472 del Código Sustantivo del Trabajo.

6. En cuanto al aumento de salarios que decreta el laudo y que la acusación ataca, la Sala observa:

El juicio del árbitro en el conflicto colectivo es de equidad. La apreciación que haga de ella, esencialmente subjetiva, escapa a la revisión de la Corte. Sus poderes al respecto son discrecionales, por lo que en principio no admiten modificación. Sólo en el caso de que el fallo arbitral sea manifiestamente inicuo tendría la Corte facultad para variarlo, a menos que incurriera el Tribunal en extralimitación del pliego petitorio o del decreto de convocatoria. Cuando el arbitraje tiene por objeto decidir cuestiones económicas o de intereses simples, el fundamento de la decisión no es la ley sino la conciencia del fallador; la norma que la inspira es únicamente su sentido de justicia frente a las particularidades del caso concreto. Los argumentos del recurrente no impugnan la ordenación del laudo por estimarla excesiva o manifiestamente injusta, sino por razones distintas, ninguna de las cuales tiene fuerza suficiente para destruír sus fundamentos.

7. El pliego promotor del conflicto solicitó en su punto segundo que el aumento de salarios rigiera a partir de la fecha de expiración del laudo de 1960. El que decreta el fallo arbitral en revisión, de fecha 13 de septiembre de 1962, ordena que empiece a regir desde el 1º de septiembre de 1961, es decir, desde el día siguiente al del vencimiento del referido laudo.

La tesis del recurrente es la de que el fallo arbitral no puede tener vigencia desde el 1º de septiembre de 1961, porque la ordenación en tal sentido resulta retroactiva.

Observa la Sala:

Sobre la duración de la convención colectiva, el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo establece que, a menos de haberse pactado normas diferentes, si dentro de los sesenta días anteriores a la expiración de su término, las partes o una de ellas no hubieren hecho manifestación escrita de su expresa voluntad de darla por terminada, la convención se entiende prorrogada por períodos sucesivos de seis en seis meses, que se contarán desde la fecha señalada para su terminación.

El artículo 479 de la misma obra, modificado por el 14 del Decreto 616 de 1954, regula, en su primer inciso, la forma de la terminación de la convención. Su inciso segundo preceptúa: "Formulada así la denuncia de la convención colectiva, esta continuará vigente hasta tanto se firme una nueva convención".

En el caso litigioso no ha sido materia de discusión el denuncio, en la oportunidad legal, del laudo de 1960. El pliego de peticiones tendiente a la celebración de una convención colectiva que sustituyera el citado laudo fue presentada el 22 de agosto de 1961, esto es, dentro de los sesenta días anteriores a la expiración del nombrado fallo arbitral.

Conocida la situación de hecho entre las partes, anterior a la presentación del pliego, debe examinarse si la decisión recaída en su punto segundo, se conforma a la ley y merece, por tanto, homologarse.

Sobre el tema en estudio, la Corte, en fallo de 27 de enero de 1961, al hablar de las facultades y límites del poder arbitral, expone estas tesis:

"Las facultades del árbitro dependen de la naturaleza del conflicto; si éste es de índole económica, aquéllas son las propias del arbitrador o amigable componedor, semejantes a las del conciliador; si el conflicto es de tipo jurídico, las facultades del árbitro son las que corresponden normalmente al Juez ordinario. Si el conflicto es mixto, el juez particular será un árbitro arbitrador".

"Juzga éste (el arbitrador) el hecho litigioso según su conciencia; aquél (el árbitro) de conformidad con la ley. El arbitrador sustituye a las partes en la formación del contrato que ellas no pudieron concluír: adopta la fórmula más

conveniente para la solución de los intereses en contraste, de acuerdo con los dictados de su sentimiento natural de equidad, pudiendo rechazar o acoger las peticiones del pliego en todo o en parte, o transigir las pretensiones opuestas. El árbitro hace, no lo que las partes no pudieron realizar, sino lo que la ley manda que haga. Las distinciones que preceden han llevado a la doctrina a sostener que el fallo del arbitrador es constitutivo, y de declaración el que pronuncia el árbitro, pues su función, como la del Juez ordinario, es decir el derecho".

La intención clara del artículo 479 —2º del Código— es la de no dejar las relaciones obrero-patronales sin reglamento alguno durante el período que corra desde la fecha de la expiración de la convención o laudo anterior hasta la creación del nuevo acto (convención o laudo) que lo sustituya. Cuando no se denuncia la convención vigente, el artículo 478 del Código somete su duración al plazo presuntivo de seis meses; hecho el denuncio, el 479, ibídem, gobierna el mismo fenómeno disponiendo que continúe en vigor la convención anterior.

Para la Sala la petición de que el nuevo acto que debe reemplazar al precedente rija desde la fecha de la expiración de éste entraña en el fondo una acción de declaración, esto es, una cuestión de derecho, extraña a las facultades del arbitrador. Objeto de una declaración de tal especie es de ordinario toda una relación jurídica, pero según los autores puede abarcar también una de sus modalidades, como la relativa a su duración.

Por otro lado, objeto de la convención colectiva y por ende del laudo, es fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 467 del Código. Se ve claro que cualquiera de estos actos se destina a regir las condiciones de trabajo que surjan con posterioridad a su expedición, luego el reglamento que acuerde no puede tener efectos hacia el pasado. Huelga advertir que las partes, en la convención, pueden convenir que la vigencia empiece antes de su firma. Les está permitido una estipulación retroactiva en uso de la libertad contractual, pero de este poder no goza el árbitro, pues una declaración en tal sentido no cabe dentro de sus facultades.

El hecho de que la convención colectiva de condiciones de trabajo disponga para el futuro es lo que ha llevado a la doctrina a sostener que el laudo se asemeja a la sentencia constitutiva, pues el régimen que él establece surge de sus disposiciones.

La casación del trabajo ha tenido oportunidad de estudiar lo concerniente a la retroactividad de los fallos arbitrales, llegando a la conclusión de que sus ordenaciones rigen para el futuro, no hacia el pasado. En fallo de 25 de junio de 1949 (Gaceta del Trabajo, Tomo 4º, páginas 602 y ss.) dijo el Tribunal Supremo:

"El laudo arbitral tiene un carácter notorio de reglamentación nueva, de estatuto que reforma las relaciones anteriores, de norma reguladora de una situación distinta de la que precisamente aspira a modificar el pliego petitorio. Desde este punto de vista señala y constituye un nuevo estado para las partes y sin perder sus calidades peculiares, es una sentencia constitutiva de nuevos derechos y obligaciones. Mal puede entonces volver hacia lo pasado para producir efectos sobre situaciones jurídicas que quedaron lícita y definitivamente concluídas. Su campo de aplicación es precisamente el nuevo estado de cosas, o como lo explica la doctrina, 'los árbitros estatuyen equitativamente una nueva relación jurídica, que rige las relaciones entre las partes para lo futuro' (Ernesto Krotoschin, Instituciones de Derecho del Trabajo, T. II, p. 161). Y si bien este mismo autor, después de señalar la anterior norma general, admite la posibilidad de determinar ciertos efectos retroactivos, la subordina 'a la misma medida en que las leyes en general pueden establecer tales efectos'.

"En síntesis —expone el fallo citado— los árbitros están revestidos de libertad discrecional para decidir el conflicto sometido a su estudio; pero tal libertad tiene sus límites en la Constitución y en las leyes. Y en tratándose del régimen de salarios, no puede modificarlo con efecto retroactivo, porque su misión consiste en establecer una nueva reglamentación, que reemplaza a la anterior lícitamente concertada. Sus ordenamientos sobre esta materia deben mirar al futuro, que es su ámbito propio de validez temporal. Mas si no lo indicasen expresamente, o si el indicado fuese declarado inexequible al revisarse la regularidad del laudo, sus cláusulas homologadas sólo entrarán en vigor a partir de la fecha de la notificación de la decisión arbitral. Así lo exigen el artículo 30 de la Constitución Nacional; el espíritu general de nuestra legislación que protege la seguridad de las relaciones jurídicas; la doctrina y los principios procesales, que aun aplicados sin desconocimiento de la materia especial, obligan a calificar los laudos como sentencias sui géneris, pero en todo

caso sentencias constitutivas de nuevos derechos que no pueden producir efectos en el pretérito".

Resulta, pues, fundado el cargo por violación del artículo 30 de la Constitución y 479-2º del Código Sustantivo del Trabajo. Por consiguiente, los aumentos de salario que decreta la cláusula segunda del laudo sólo regirán a partir del 14 de septiembre de 1962, fecha de su notificación a las partes. En cuanto dispone que se paguen desde el 1º de septiembre de 1961, es inexequible.

8. Sobre el punto relacionado con la petición de mayores créditos con destino a la adquisición de vivienda de los trabajadores y más favorables condiciones de pago, el recurrente ataca la decisión del laudo porque no tuvo en cuenta la clasificación existente de los bancos, situando al Royal Bank entre los del tipo A, pues elevó el porcentaje del valor del préstamo y aumentó el plazo. Agrega el impugnador que el fallo viola el ordinal 2º del artículo 86 de la Ley 45 de 1923, modificado por el Decreto 329 de 1938, según el cual los plazos de los préstamos no podrán exceder de dos años ni ser su monto superior a la mitad de sus depósitos a término, con exclusión de los que verifiquen las secciones de ahorros, siempre que se hallen garantizados con prenda agraria.

Se considera:

Las leyes que regulan la actividad de los establecimientos bancarios en cuanto a las operaciones de préstamo para las cuales están autorizados, su cuantía, intereses y plazos de amortización, rigen para los negocios con sus clientes. Los préstamos que hagan a sus empleados con destino a la adquisición de viviendas o a la liberación de deudas contraídas con tal fin, no están sometidos al régimen legal normativo de sus operaciones comunes y corrientes, sino a las normas del derecho social, principalmente, en vista de que persiguen objetivos de interés general, de los cuales es preciso excluír el ánimo de lucro. No son, pues, aceptables los argumentos del acusador. El reparo de que el laudo dejó de lado el hecho de que, según la clasificación de los bancos, situó al Royal en una categoría superior a la que le correspondía, carece de fundamento, porque la clasificación fue hecha por el laudo presidencial de 1959, y para los efectos del mismo, no por la ley ni por acto contractual que vincule a las partes.

9. La petición correspondiente al punto sexto fue resuelta por el laudo en los siguientes términos:

"Los porteros y celadores del Banco tendrán una jornada ordinaria de ocho (8) horas diarias, debiendo disfrutar por cada seis (6) jornadas continuas de un descanso de veinticuatro (24) horas, sin excepción. Todo trabajo extra que exceda de esta jornada, lo mismo que todo trabajo nocturno, será liquidado con los sobrecargos establecidos en la ley. Salvo lo anterior, el Banco dará cumplimiento a las disposiciones legales y reglamentarias sobre jornada de trabajo".

El recurrente impugna la decisión diciendo que los empleados de vigilancia no ejercen la función de manera permanente, ni es cierto que ofrezca peligros como lo afirma el laudo; que por tal motivo debe declararse inexequible.

El apoderado de la entidad sindical expresa que si bien la ley regula el tiempo de la jornada de trabajo, los trabajadores pueden pedir su modificación; que la decisión se acomoda a lo pedido por las partes "y a lo establecido en casos similares".

Se considera:

El Código del Trabajo (artículo 161) fija en ocho horas diarias la jornada máxima legal. Exceptúa de esta regulación [literal b)] las actividades discontinuas o intermitentes y las de simple vigilancia, para las cuales fija una jornada ordinaria de doce horas diarias como máxima. Los trabajadores que desempeñan tales actividades quedan excluídos de la jornada máxima legal cuando residan en el lugar de trabajo [artículo 162, literal c), inciso 1º, del mismo Código].

No cabe duda de que las partes, contractualmente, pueden reducir la jornada máxima legal, como lo autoriza el artículo 158 de la ley laboral; pero el árbitro no tiene facultades para estatuír en tal sentido, ya que no se trata de una cuestión simplemente económica sino también de orden legal, que no entra en sus poderes de arbitrador. Por las razones expuestas no es homologable la cláusula arbitral en examen, por lo cual será declarada inexequible.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., diez y ocho de diciembre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez).

Antecedentes.

El sindicato de industria denominado "Asociación Colombiana de Empleados Bancarios", y

otras entidades sindicales presentaron a varios establecimientos bancarios, entre otros al Royal Bank of Canada, un pliego unificado de peticiones, aprobado por las respectivas asambleas el 22 de agosto de 1961, con destino a la celebración de una convención colectiva de trabajo. El pliego fue adicionado con una nueva solicitud adoptada por la asamblea general del sindicato el 24 de octubre del año citado.

Planteado así el conflicto, se surtieron las etapas de arreglo directo y conciliación, sin ningún resultado. Por tal motivo el Ministerio del Trabajo expidió la Resolución número 00621, de fecha 4 de mayo de 1962, la cual ordenó la constitución de un Tribunal de Arbitramento para la decisión del conflicto. El tribunal quedó integrado por los doctores Alfonso Romero Buj, Alejandro Córdoba Medina y Miguel A. Constaín, en representación de los trabajadores, el establecimiento bancario y el Gobierno, respectivamente.

El 9 de agosto del año expresado se instaló el Tribunal en Bogotá, y el 13 de septiembre siguiente pronunció el laudo decisorio del conflicto con el voto disidente del árbitro del establecimiento bancario.

Contra el fallo arbitral interpuso el Royal Bank el recurso de homologación, que le fue concedido por el Tribunal; al otorgarlo dispuso el envío del laudo y sus antecedentes a esta Sala de la Corte, para su decisión. A ello procede la corporación mediante las consideraciones que pasa a exponer.

La demanda de homologación.

La sustenta el mandatario del recurrente en escritos de fechas 20 y 27 de septiembre pasado (fs. 6 a 22 y 23 a 39 del cuaderno de la Corte, respectivamente), y la replica el apoderado de la entidad sindical en alegato del 8 de noviembre (fs. 45 a 48).

La demanda contempla dos aspectos: uno de forma, relacionado con la personería del sindicato y con actividades administrativas anteriores a la expedición del laudo, y otro de fondo, contra las decisiones resolutorias del conflicto.

I. *Cuestiones formales.*

Personería del sindicato.

Contempla dos aspectos, a saber:

1º El sindicato de industria que intervino en el conflicto no tenía personería porque al comenzar la tramitación del pliego sólo contaba con seis afiliados y al momento de su consideración por el Tribunal únicamente con dos, un portero y un celador.

2º Por falta de personería de parte del sindicato el Tribunal de Arbitramento no adquirió jurisdicción y competencia para decidir el conflicto. El laudo afirma que por haber integrado la comisión negociadora de los trabajadores tres de ellos afiliados a la asociación sindical, fue observado el artículo 432 del Código Sustantivo del Trabajo, lo cual no es cierto, porque los tres negociadores no le presentaron al Banco pliego alguno de peticiones, ni obraron como delegados de todo el personal de empleados, cuyo número es de 188. Además, para que exista el conflicto deben agotarse primero los contactos directos entre el empresario y los obreros; en caso de desacuerdo es cuando puede intervenir el sindicato de base o de industria, y como en el expediente no existe prueba de que así hubiera ocurrido, fue prematura la intervención de la entidad sindical, porque no se presentó la hipótesis que contempla el artículo 374 del citado Código.

Constitución del Tribunal.

El acusador dice que por haber sido constituído el Tribunal fuera del plazo prescrito por la ley, no adquirió competencia para decidir el conflicto, por lo cual todo lo actuado, desde su convocatoria, es nulo. Arguye sobre el punto que la etapa de conciliación terminó el 6 de abril de 1962, sin haber llegado las partes a ningún acuerdo; que, conforme al artículo 453 del Código Sustantivo del Trabajo, el Ministerio ha debido convocar el Tribunal dentro de los cinco días siguientes a la fecha expresada, esto es, a más tardar el 12 de abril; que, sin embargo, la resolución de convocatoria fue expedida por aquél el 4 de mayo siguiente, vencido el término de que disponía para tal fin. Como consecuencia de la irregularidad anotada, el recurrente sostiene que el Ministerio violó el Decreto 525 de 1956, sustitutivo del artículo 453 del Código citado y los artículo 485 y 487, ibídem.

Demora en la constitución del Tribunal.

Alega el recurrente que el Tribunal ha debido instalarse dentro de los dos días siguientes a la fecha de su convocatoria, conforme al artículo 453 de la Ley Laboral; que habiéndose ordenado su constitución el 4 de mayo, sólo se instaló el 9 de agosto, es decir, con un retardo de 97 días. Por consiguiente —afirma—, violó el Ministerio la disposición legal mencionada.

Expone además el acusador: el plazo de 48 horas fijado por el artículo 453, no se presta para

darle el sentido que le atribuye el Tribunal, por lo cual el fallo dictado por éste no puede tener fuerza legal; el hecho de no haberlo observado lo llevó a extralimitar sus poderes y a violar el artículo 12 de la Ley 72 de 1925, por errónea interpretación, y el 366 del Código Judicial por falta de aplicación. La Corte —agrega el cargo— debe declarar nulo el laudo, pues el Tribunal actuó sin jurisdicción, "sin personería siquiera, porque su constitución está minada y no alcanzó a configurarse en una entidad de derecho capaz de oír, estudiar y fallar".

Se considera:

En cuanto a la personería del Sindicato para actuar en el conflicto, el Royal Bank, con ocasión de la presentación del pliego de peticiones, consultó al Ministerio del Trabajo si se hallaba o no obligado a atenderlo. La consulta fue absuelta por la entidad administrativa, en el sentido de que el establecimiento bancario debía adelantar la negociación colectiva con la Asociación Colombiana de Empleados Bancarios, de conformidad con el artículo 1º del Decreto 1952 de 1961, por agrupar dicha entidad la mayoría del personal sindicalizado existente en el Banco. (Comunicación del Ministerio para el representante del Banco, folios 15 y 16).

Sobre la materia en examen el fallo arbitral trae estas consideraciones:

"En el Royal Bank of Canada no existe sindicato de base, pero cuando se presentó el pliego había en ese Banco seis empleados afiliados a la Asociación Colombiana de Empleados Bancarios, según se advierte en el acta número 1 de las conversaciones directas y se reconoce en posterior comunicación del Banco al Ministerio del Trabajo, de fecha 12 de abril de 1962.

"De acuerdo con la ley colombiana, los sindicatos de industria llevan la representación de los intereses laborales de todos los individuos que, afiliados a ellos, presten sus servicios en las empresas que pertenezcan a una misma rama industrial (arts. 356, 373 y 374 del C. S. T.), y en ausencia de todo otro sindicato, corresponde al de industria presentar y tramitar los pliegos de peticiones y firmar las convenciones colectivas en representación del grupo de trabajadores afiliados a él, en la respectiva empresa (Decreto 1952 de 1961).

"Fue en razón de esta mecánica legal por lo que el Royal Bank of Canada, que es una empresa perteneciente a la industria bancaria, no obstante el escaso número de sus trabajadores afiliados al sindicato de industria 'Asociación Colombiana de Empleados Bancarios', se vio enfrentado al conflicto colectivo surgido entre la citada Asociación y todos los bancos que tuvieran afiliados a esa organización sindical.

"De acuerdo con lo que registran las actas de las conversaciones directas, en el proceso de presentación del pliego y adelantamiento de dicha primera etapa, intervino una comisión de tres de seis de los trabajadores sindicalizados que en ese entonces tenía el Banco, que fueron los señores Antonio Saavedra, Pablo Bernal y señora Bernarda G. de García, o sea, que en dicho proceso se observaron las prescripciones de procedimiento que sobre el particular exige el artículo 432 del Código Sustantivo del Trabajo, en armonía con el Decreto 1952 de 1961".

Demuestran las anteriores consideraciones que sí tenía el sindicato personería para actuar en la negociación colectiva. Por lo demás, la existencia de una asociación sindical y su personería son asuntos de la competencia de la autoridad administrativa del trabajo que la Corte, pór vía de homologación, no tiene facultad de revisar. Cuestión distinta sería la de que hubiera intervenido en el conflicto un sindicato sin personería jurídica, informalidad que no se contempla, pues en el expediente hay prueba de que aquélla le fue otorgada a la Asociación Colombiana de Empleados Bancarios; o la de que no tenía ésta derecho, como sindicato de industria, a la representación de los trabajadores, irregularidad que no ha ocurrido, pues en autos no existe comprobación alguna de que en el establecimiento bancario haya sindicato de base. Por el aspecto que se estudia, no se presentan defectos de orden legal que justifiquen la acusación. Debe anotarse que los ataques contra el laudo ignoran tanto el concepto del Ministerio como los fundamentos que sobre el punto en examen expone el Tribunal. Uno y otros, a juicio de la Sala, sirven de soporte suficiente a la tesis del fallador.

En relación con los preceptos legales que el acusador cita como violados por el laudo, se observa:

El artículo 373 del Código Sustantivo del Trabajo enumera las funciones principales de todos los sindicatos; el 374, ibídem, les señala otras, entre las cuales las del numeral 2º menciona las siguientes: "Presentar pliegos de peticiones relativos a las condiciones de trabajo o a las diferencias con los patronos, cualquiera que sea su origen, y que no estén sometidas por la ley o la convención a un procedimiento distinto, o que no hayan podido ser resueltas por otros medios".

Observa la Sala: es al sindicato que tenga la representación de los trabajadores y no a éstos,

como lo entiende el recurrente, a quien corresponde la presentación del pliego de peticiones, al tenor del precepto legal transcrito.

En el caso de autos lo que los trabajadores, por conducto del sindicato, plantearon al patrono fue un conflicto colectivo. Así las cosas, para que éste surja, no es indispensable que se agoten primero los contactos directos entre las partes, como lo afirma el acusador. El pliego de peticiones es la manifestación que exterioriza la presencia del conflicto. La tesis del impugnante llevaría a la consecuencia de que son dos las contiendas: una anterior a la presentación del pliego petitorio y otra después de la ejecución de ese acto. La consumación de dos actividades tendientes al mismo fin resultaría inoficiosa. No tiene este significado el artículo 374 del Código, ni puede atribuírse al legislador semejante desacierto.

El recurrente aduce también estas consideraciones: La Corte, en fallo de homologación del 27 de enero de 1961, declaró inexequible el laudo del 9 de noviembre de 1960, en cuanto estimó que en el conflicto decidido por él no fue parte el Royal Bank, de lo cual concluye que las partes sólo están obligadas a lo dispuesto en el fallo mencionado y no al laudo objeto del recurso en estudio; que, posteriormente, el Gobierno extendió al Royal Bank, por medio del Decreto 435 de febrero de 1961, los efectos del laudo de 1960, determinación en su concepto ilegal, pues a ella se oponía el nombrado fallo de la Corte.

Para la Sala no son atendibles las razones del acusador. Entre el fallo arbitral que define un conflicto colectivo y el de la misma naturaleza que resuelve otro entre las mismas partes, no existen los elementos integrantes de la cosa juzgada previstos por la ley en los procesos civiles en que se ventilan cuestiones de derecho privado, pues el laudo reglamenta las condiciones de trabajo durante su vigencia, que es siempre temporal, no de manera estable y definitiva. Lo dicho por la Corte en el fallo del 27 de enero de 1961, con referencia al laudo de noviembre de 1960, nada tiene que ver con el del 13 de septiembre de 1962, materia del recurso que ahora se decide. Por lo que hace al Decreto 435 de 1961, sobre extensión al Royal Bank del laudo de 1960, debe decirse que no le corresponde a la corporación examinar su validez o ineficacia. Además, que el decreto sea válido o contrario a la ley, es cuestión ajena a lo que es objeto del recurso sometido a la consideración de la Sala.

En cuanto al retardo en la constitución del Tribunal, dice el apoderado de la entidad sindical que aquél no deja de tener competencia porque el Ministerio del Trabajo demore su convocatoria; que la resolución que éste expida en tal sentido surte sus efectos mientras no haya sido demandada su nulidad.

Para la Corte no son aceptables los argumentos del impugnador; no critican la resolución ministerial por falta de competencia, sino por el hecho de que fue expedida extemporáneamente.

Al respecto debe observarse que los actos de los Ministros que se estimen contrarios a la Constitución o a la ley, o expedidos con abuso o desviación de poder, o simplemente irregulares, son acusables por cualquier persona ante el contencioso de anulación, en la forma y términos prescritos en la Ley 167 de 1941. Mientras no hayan sido anulados por la autoridad jurisdiccional competente, si han sido dictados en uso de facultades legales, como ocurre en el asunto litigioso, conservan plena validez. Por consiguiente, no podría la Sala, sin exceder el límite de sus atribuciones, declarar la nulidad del proceso arbitral con fundamento en la ineficacia jurídica de la resolución del Ministerio de que se ha hecho referencia.

Con relación al atraso en la instalación del Tribunal, el recurrente sostiene que por tal motivo el laudo es inexequible y, a la vez, que carece de fuerza legal, por incompetencia del fallador. Sobre el primer aspecto la Sala observa que la inexequibilidad de los fallos arbitrales no tiene por causa defectos administrativos de la índole que anota el acusador, sino los motivos específicos que señalan el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo y 143 del Código de Procedimiento Laboral. Con respecto al segundo, el fallo arbitral da las razones justificativas de la demora en la instalación del Tribunal, que por tener respaldo probatorio en el expediente, la Sala encuentra satisfactorias. Las consigna el Tribunal en el siguiente pasaje de su decisión:

"Tanto el Banco como la Asociación Colombiana de Empleados Bancarios y el Ministerio del Trabajo, dentro de la oportunidad que se fijó en la resolución constitutiva del Tribunal, designaron inicialmente sus árbitros a los doctores Alejandro Córdoba Medina, Luis Emiro Valencia y Alvaro Díaz Granados, respectivamente. Pero primero por excusa del árbitro de los empleados y luego por renuncia del árbitro del Gobierno, fueron necesarias nuevas y sucesivas designaciones, las que recayeron en los doctores Alfonso Romero Buj y Miguel Antonio Constaín, respectivamente, circunstancia que retrasó la instalación del Tribunal hasta el 9 de agosto próximo pasado".

De otro lado, como lo anota con acierto el Tribunal, "la demora en la aceptación y posesión

de los árbitros puede dar lugar, según el caso, a que las partes o el Gobierno los reemplace, pero la demora, en sí misma, tampoco está erigida por la ley como causal de incompetencia.

Por todo lo expuesto, ninguno de los reparos que por defectos de orden administrativo anterior a la expedición del laudo alega el recurrente, llevan a la consecuencia de que el Tribunal carecía de competencia para decidir el conflicto, y, de consiguiente, a la nulidad del fallo arbitral.

II. *Cuestiones de fondo.*

Las que plantea el recurrente tachan el laudo de inexequible en su totalidad, por violación de la Constitución y de la ley. La Sala debe, pues, estudiar el fallo arbitral en su integridad.

El pliego de peticiones (fs. 115 a 117) contiene once puntos, y uno (f. 100) la solicitud adicional.

Punto primero.

Su texto es el siguiente:

"El Banco procederá dentro de los cinco días siguientes a la firma de la convención resultante de este pliego de peticiones, a darle cumplimiento a los laudos anteriores en los puntos en que no han sido aplicados, teniendo en cuenta las adiciones, modificaciones o explicaciones que hayan surgido del laudo anterior o surjan de las presentes peticiones. El Banco pagará a los trabajadores sindicalizados el valor de los beneficios no recibidos y determinados por laudos anteriores".

Fue resuelta por el laudo así:

"El Banco quedará obligado a cumplir todas las normas de los laudos arbitrales anteriores al presente, que el Gobierno haya extendido al mismo, con las modificaciones, adiciones o explicaciones que resulten de esta decisión.

"El Banco pagará a los trabajadores sindicalizados el valor de los beneficios no recibidos y determinados en los citados laudos".

El recurrente ataca la decisión, porque de acuerdo con sentencia de la Corte, el Royal Bank no fue parte en el conflicto decidido por el laudo del 9 de noviembre de 1960, cuyos efectos extendió el Gobierno al nombrado establecimiento bancario por medio del Decreto 435 de 22 de febrero de 1961.

Se considera:

No significa el fallo de la Corte que el Gobierno carezca de facultad para hacer uso de la autorización que le otorga el artículo 472 del Código Sustantivo del Trabajo, ni se presta para entenderlo así, entre otras razones, porque la corporación no es la autoridad competente para juzgar la legalidad de los actos expedidos por la Administración Pública. Otra es la autoridad jurisdiccional que, conforme a la Constitución y las leyes, tiene ese encargo.

En el curso del proceso arbitral ha sostenido el Banco que no se considera obligado al cumplimiento de laudos anteriores porque los decretos que ha dictado el Gobierno, extendiendo sus efectos al Royal Bank, son ilegales.

Para la Sala el argumento no es atendible. No queda al arbitrio de los particulares abstenerse de cumplir los actos que expida la Administración Pública en ejercicio de sus funciones, porque en su concepto sean ilegales. Cuando así los consideren, deben acudir a la autoridad competente solicitando su nulidad. Sin una declaración previa en tal sentido, nadie puede rebelarse contra los decretos que dicte el Gobierno en uso de poderes que conforme a la ley le correspondan; sobre el punto es clara su competencia, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 472 del Código Sustantivo del Trabajo.

No resulta fundado el cargo.

Punto segundo.

Contiene dos peticiones en estos términos: a) Aumento de salarios, a razón de $ 0.85 por cada hora de trabajo al personal sindicalizado, a partir del 31 de agosto de 1961, y b) Fijación del salario mínimo en $ 350.00, desde el 1º de septiembre de 1961, para todo el personal de empleados.

La decisión fue la siguiente:

"Señálase un salario mínimo general de $ 350, que el Banco deberá pagar a todos sus trabajadores en todo el país, desde el 1º de septiembre de 1961.

"El Banco aumentará los salarios vigentes en treinta y uno de agosto de mil novecientos sesenta y uno, y a partir del 1º de septiembre del mismo año a los trabajadores que estén actualmente a su servicio, en la siguiente proporción: (viene en seguida la tabla de aumentos, que comienza con sueldos hasta de $ 400.00, los cuales eleva en un 23.75%; continúa la escala de $ 501.00 a $ 600.00, a la cual asigna un porcentaje del 22%, y así sucesivamente, en proporción ascendente, con reducción del porcentaje, hasta la última escala, que comprende sueldos de $ 1.501.00 a $ 2.000.00, con un porcentaje del 7%).

"Las alzas de sueldos hechas por el Banco a partir del 1º de septiembre citado se imputarán a los aumentos de que trata el presente artículo, pero sólo desde las fechas en que tales alzas comenzaron a regir. En todo caso, si las alzas voluntarias hechas por el Banco resultaren superiores a los aumentos aquí decretados, la empresa no rebajará los salarios.

"Los trabajadores que ingresaron a la empresa después del 1º de septiembre de 1961 tendrán derecho a los aumentos decretados, al cumplir dos meses de servicio, en cuyo caso se tomará como base para la aplicación de la tabla el sueldo inicial".

En su primer escrito afirma el acusador que la decisión del laudo viola los artículos 145, 146, 149, 186, 187, 306, 204 a 208, 277 a 284 del Código Sustantivo del Trabajo, y 669 y concordantes del Código Civil. En el segundo alegato señala como violados por el fallador el artículo 30 de la Constitución y los artículos 16 y 479 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con los artículos 1625 y 1627 del Código Civil.

Expone estas razones en apoyo del cargo:

Los aumentos que en arreglo directo ofreció el Banco fueron iguales a los ofrecidos por el Banco de Londres, aceptados por la entidad sindical; los que el fallo decreta son superiores a los pedidos por los negociadores del sindicato en la segunda lista presentada por ellos; según lo acreditan los balances publicados por la Superintendencia Bancaria, no es tan brillante la posición financiera del Banco, como lo afirman los árbitros, quienes, por lo demás, para decretar los aumentos toman en cuenta ganancias futuras. No es acertada la comparación que hace el Tribunal entre el Royal Bank y otros establecimientos bancarios de mayor potencialidad económica, como el Banco de Bogotá, a cuya tabla de aumentos se acoge para imponer los que concede a los empleados del Royal. La tabla del Banco de Bogotá excluye de los aumentos a los empleados no calificados, distinción que no hace el fallo arbitral. De otro lado, concede los aumentos con retroactividad, determinación ilegal, a lo cual se agrega que no toma en consideración los aumentos voluntarios hechos por el Royal, como los que otorgó en mayo de 1960 y marzo de 1961, debiendo advertirse que en este último año los demás bancos elevaron los salarios en septiembre. Por eso no es aceptable el concepto del Tribunal al decir que sería inequitativo que resultaran más gravados los bancos que en la debida oportunidad celebraron convenciones colectivas y vienen pagando aumentos de salarios desde el 1º de septiembre de 1961, que los que no procedieron así, como el Royal Bank. De otro lado, éste fue clasificado en el laudo presidencial de 1959 entre los bancos del tipo "B", esto es, en una escala inferior a la de los establecimientos bancarios de mayores recursos económicos, factor que el laudo pasó por alto.

En relación con los nuevos empleados, el laudo dispone que deben recibir los aumentos después de dos meses de servicio, de manera que si éstos se hicieron efectivos en septiembre de 1961, en esa fecha los empleados nuevos no estaban en el Banco y naturalmente no habrían participado en los aumentos. Entonces ¿por qué dice ahora el Tribunal "que los aumentos deben ser hechos efectivos y con retroactividad"?

En cuanto al salario mínimo los representantes del Banco no han dicho, como lo afirma el laudo, que el establecido por él sea superior al de $ 350.00, pedido por los trabajadores. "Pero no hay ningún empleado del Banco que reciba menos de esta suma".

Se considera:

La acusación ataca el laudo por dos motivos, a saber: por el aumento de salarios que decreta y por su retroactividad. Se examinan en el mismo orden:

a) *Aumento de salarios:*

La Sala observa:

El juicio del árbitro en el conflicto colectivo es de equidad. La apreciación que haga de ella, esencialmente subjetiva, escapa a la revisión de la Corte. Sus poderes al respecto son discrecionales, por lo que en principio no admiten modificación. Sólo en el caso de que el fallo arbitral sea manifiestamente inicuo tendría la Corte facultad para variarla, a menos que incurriera el Tribunal en extralimitación del pliego petitorio o del decreto de convocatoria. Cuando el arbitraje tiene por objeto decidir cuestiones económicas o de intereses simples, el fundamento de la decisión no es la ley sino la conciencia del fallador; la norma que la inspira es únicamente su sentido de justicia frente a las particularidades del caso concreto. Los argumentos del recurrente no impugnan la ordenación del laudo por estimarla excesiva o manifiestamente injusta, sino por razones distintas, ninguna de las cuales tiene fuerza suficiente para destruírlos. Para demostrarlo basta dar a conocer la motivación del fallo arbitral, expuesta en estos términos:

Sostuvo el Banco inicialmente, en las conversaciones directas, la inoportunidad de los aumen-

tos, alegando que voluntariamente los había concedido en mayo de 1960 y marzo de 1961, por lo cual sus empleados habían gozado de ellos antes que los empleados de los demás bancos; que no era partidario de los aumentos generales de salarios sino de los individuales que estuvieran de acuerdo con los méritos y eficiencia de cada trabajador, política que seguía porque se estimulaba mejor al personal. "En las audiencias ante el Tribunal —continúa el fallo— el Banco manifestó que siguiendo su costumbre de aumentos de salarios anuales, en el presente año de 1962 había efectuado alzas voluntarias en los meses de marzo y agosto, en cifra aproximada al 17% del valor de la nómina total, en cada ocasión...".

"Considera el Tribunal que si bien son satisfactorias las cifras de los aumentos individuales y voluntarios que viene haciendo el Banco a algunos de sus trabajadores, en cambio no existe una política general que, frente al constante aumento del costo de la vida, permita indistintamente a todos sus trabajadores gozar del derecho al reajuste oportuno y periódico de sus salarios, imperativo éste que no permite excepciones ni discriminaciones, como por ejemplo las confesadas por el propio Banco de haber excluído de los aumentos efectuados en el presente año al personal sindicalizado.

"El Tribunal ha estudiado la situación financiera del Banco y la ha encontrado altamente satisfactoria y sólida como para absorber sin mayores consecuencias los aumentos de salario y demás reconocimientos sociales que puedan derivarse del presente laudo. El Royal Bank of Canada ha mejorado considerablemente sus ganancias líquidas entre el año de 1959 y el primer semestre de 1962, hasta el punto de exponer, proporcionalmente, en dicho lapso el más alto ritmo de incremento en toda la industria bancaria del país (308%), pudiéndose esperar que al fenecer el balance consolidado de todo el año de 1962, el aumento de sus utilidades sea más considerable. Esta favorable situación económica del Banco le ha permitido —según declaración de los propios representantes de la empresa— efectuar dos aumentos voluntarios de salarios entre marzo y agosto del presente año, en una proporción aproximada del 38.89% del valor de su nómina total.

"Igualmente, el Tribunal ha considerado el alza en el costo de la vida entre el 1º de septiembre de 1960 —fecha del aumento de salarios hecho por el laudo de ese año— y el mes de julio de 1962, último dato preciso de las estadísticas. Según las cifras del Departamento Nacional Administrativo de Estadística, recogidas en el boletín mensual correspondiente a agosto de 1962, el índice nacional de precios para los empleados subió de 160.1, en septiembre de 1959, a 181.5 en julio de 1962, arrojando una elevación de 21.4 puntos, en que se ha venido a gravar el presupuesto de los empleados en Colombia, y, concretamente, el de los empleados bancarios.

"Tanto para efectos del aumento de salarios como para los demás reconocimientos que se decretan en el presente laudo, el Tribunal ha consultado las convenciones colectivas firmadas en los meses de noviembre y diciembre de 1961 y enero de 1962 por establecimientos bancarios (Banco del Comercio, Los Andes, Bogotá, Ganadero y Cafetero) a los que puede asimilarse por su capacidad técnica y económica el Royal Bank of Canada, según calificación ya reconocida por el Gobierno al extenderle a éste los laudos arbitrales de 1959 y 1960, con el fin de ajustar sus decisiones a la mayor equidad.

"Para el aumento general de salarios, y en atención a que el Royal Bank of Canada no tiene empleados sino en las capitales de Departamento, se tomará la tabla número I de la convención colectiva del Banco de Bogotá, del primero de diciembre de 1961, pero ampliando el tope máximo salarial que trae dicha tabla, y conservando para la adición la misma proporción porcentual descendente fijada en su escala".

A lo expuesto deben agregarse estas consideraciones:

No obra en autos la prueba de que los aumentos ofrecidos por el Royal Bank hubieran sido iguales a los propuestos por el Banco de Londres, como la relativa a su aceptación, en arreglo directo, por la Asociación Colombiana de Empleados Bancarios; ni el supuesto de que al proceso se hubiera incorporado la comprobación sobre tales puntos daría pie para sostener que la decisión sobre salarios sea inequitativa. Lo propio cabe decir en relación con el reparo de que el laudo adoptó para las alzas la tabla de aumentos del Banco de Bogotá, de mayor potencialidad económica que el Royal Bank. La tuvo en cuenta el fallo arbitral, pero no fue allegada a los autos. La glosa de que las alzas reconocidas por el laudo son superiores a las pedidas por el Sindicato, en la segunda lista presentada por él, se limita a hacer la afirmación, sin demostrarla. Por lo demás, no se confronta la ordenación del laudo con lo solicitado en el pliego petitorio, sino con una lista presentada en las conversaciones directas, que quedó sin efecto en vista del fracaso de la negociación en esa etapa del conflicto. Sobre el particular dice el fallo arbitral:

"En el curso de las conversaciones los trabajadores sustituyeron el pedimento inicial por una fórmula que contemplaba aumentos fijos de $ 120.00 mensuales para los sueldos de $ 350.00 a $ 800.00 y de $ 100.00 mensuales para los sueldos de $ 801.00 a $ 1.800.00, y para que rigiera a partir del 1º de septiembre de 1961. El Banco contrapropuso un aumento general, con base en los sueldos del 28 de febrero de 1961, sobre una escala que oscilaba entre un máximo del 12% para sueldos de $ 350.00 a $ 500.00, y un mínimo del 4% para sueldos de $ 1.501.00 a $ 2.000.00, para que rigiera a partir del 1º de enero de 1962, y sólo para el personal sindicalizado y calificado, pues para el sindicalizado no calificado haría un aumento fijo de $ 22.00 mensuales, quedando además en libertad de mantener discrecionalmente los sueldos al personal no sindicalizado. Pero tanto la nueva propuesta de los trabajadores como la contrapropuesta del Banco, fueron retiradas por las partes al romperse la etapa de arreglo directo, quedando únicamente vigente el correspondiente punto del pliego inicial".

De los balances publicados por la Superintendencia Bancaria deduce el acusador que la situación económica del Royal no es tan sólida como lo afirma el laudo. A lo cual observa la Sala que al juicio arbitral no se allegó tal documento, por lo que, sin tenerlo a la vista, no es posible asignarle mérito alguno al argumento. Debe agregarse que el elemento de juicio que le sirvió al laudo para sostener que el establecimiento bancario resiste las cargas que le impone, fue, entre otros, su propio balance, es decir, una fuente de información más reciente y precisa que la contenida en la publicación de que se ha hecho referencia.

El reparo de que el Royal Bank fue clasificado en el grupo de los bancos del tipo "B", por el laudo presidencial de 1959, es decir, entre los de menos potencialidad económica, por lo que no ha debido colocársele en el mismo plano de los de mayores recursos, es inatendible, pues la clasificación en referencia surtía efectos respecto del mencionado laudo únicamente; la hecha por el Gobierno en los decretos sobre extensión de los fallos arbitrales de 1959 y 1960 al Royal Bank y a otros establecimientos bancarios, otorga a aquél la misma categoría asignada a bancos del tipo "A", entre los cuales se encuentran, como lo anota el laudo, el del Comercio, Los Andes, Bogotá, Ganadero y Cafetero.

La decisión arbitral, en lo tocante al salario mínimo, no es materia de reparos, pues el propio recurrente expresa que ningún empleado del Royal Bank goza de una asignación inferior a $ 350.00 mensuales, que es la fijada por el Tribunal.

Lo resuelto por el laudo para el pago de los aumentos de salario al personal nuevo, incide en la cuestión relacionada con su retroactividad, de que adelante se hablará.

La acusación contra el fallo arbitral, por el aspecto examinado, carece, pues, de fundamento.

b) *Retroactividad del laudo.*

Acerca de este punto, dice el apoderado de la entidad sindical:

La petición de los trabajadores se hizo antes de expirar la convención anterior, y fue concreta en el sentido de que el aumento rigiera a partir del 1º de septiembre de 1961. De manera que que si el aumento se pidió a partir de esa fecha, desde ella debe regir y no desde otra. No valdría el argumento de que el Código del Trabajo mantiene la vigencia de la convención anterior mientras se aprueba la que deba reemplazarla, porque la ley lo que quiere es impedir que el patrono alegue el vencimiento del término de la convención anterior para celebrarla con otro organismo sindical, o desconocer el cumplimiento de sus cláusulas. De ahí que la ley obligue presentar nuevo pliego de peticiones antes del vencimiento del término de la convención precedente, para que el patrono sepa que desde la fecha de expiración será reemplazada por otra.

Sobre la cuestión en examen, dice el laudo:

"El aumento regirá no a partir de la vigencia del presente laudo sino a partir del 1º de septiembre de 1961, fecha en que por vencerse el laudo de 1960, el Banco debía haber acordado nuevas condiciones de trabajo. Por lo demás, resultaría inequitativo que los bancos que sí cumplieron con la firma de una convención en su oportunidad debida, y que por ello vienen pagando los aumentos de salario desde el 1º de septiembre de 1961, resultaran a la postre más gravados económicamente que aquellas entidades que no procedieron así, como es el caso del Royal Bank". Agrega, en apoyo de la ordenación, que el criterio expuesto fue acogido por esta Sala de la Corte en fallo del 11 de julio de 1961.

El salvamento de voto al cual se acoge el recurrente, dice que, por virtud de lo dispuesto en el artículo 479 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 14 del Decreto 616 de 1954, no es posible que el laudo entre a regir antes de su expedición sin violar el citado texto legal. Expone además: el laudo invoca, para justificar la retroactividad, el hecho de que el Royal ha debido acordar nuevas condiciones al venci-

miento del laudo de 1960, y que un fallo para el futuro haría más gravosa la situación de los bancos que cumplieron con tal obligación. No comparte ese argumento, porque el inciso 2º del artículo 479 del Código Sustantivo del Trabajo, no sólo tiene previsto el que haya un transcurso de tiempo entre el vencimiento de una convención y la firma de otra, sino que también ha sentado las normas que deben regir en el lapso anotado. Concluye diciendo que el Tribunal Supremo del Trabajo, en sentencia de 25 de junio de 1949, sostuvo la tesis de que en cuanto al régimen de salarios, el laudo no puede ordenarlo con efecto retroactivo, porque su misión consiste en establecer una nueva reglamentación que reemplace a la anterior, y que sus ordenamientos deben mirar al futuro.

Se considera:

El Gobierno, por medio del Decreto 435 del 22 de febrero de 1961 (art. 1º), extendió a partir del 1º de marzo de 1961, los efectos del laudo del 9 de noviembre de 1960, en la parte que fue declarada exequible por la Corte en su fallo del 27 de enero de 1961, a los bancos que relaciona, entre los cuales figura el Royal Bank of Canada.

Dispuso el laudo de 1960 que surtiría efectos a partir del 1º de septiembre de ese año y tendría vigencia hasta el 31 de agosto de 1961.

El fallo de la Corte ya citado homologó, entre otras peticiones del pliego, la contenida en su punto segundo sobre aumento de salarios.

El pliego promotor del conflicto solicita en su punto segundo que el aumento de salario rija a partir del 31 de agosto de 1961, esto es, desde la fecha de expiración del laudo del 9 de noviembre de 1960. El que decreta el fallo arbitral en revisión, de fecha 13 de septiembre de 1962, ordena que empiece a regir desde el 1º de septiembre de 1961, es decir, desde el día siguiente al del vencimiento del laudo de 1960.

La tesis del recurrente, acorde con la del salvamento de voto, es la de que el fallo arbitral no puede tener vigencia desde el 1º de septiembre de 1961, porque la ordenación en tal sentido resulta retroactiva.

Observa la Sala:

Sobre la duración de la convención colectiva, el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo establece que, a menos de haberse pactado normas diferentes, si dentro de los sesenta días anteriores a la expiración de su término, las partes o una de ellas no hubieren hecho manifestación escrita de su expresa voluntad de darla por terminada, la convención se entiende prorrogada por períodos sucesivos de seis en seis meses, que se contarán desde la fecha señalada para su terminación.

El artículo 479 de la misma obra, modificado por el 14 del Decreto 616 de 1954, regula, en su primer inciso, la forma de terminación de la convención. Su inciso segundo preceptúa: "Formulada así la denuncia de la convención colectiva, ésta continuará vigente hasta tanto se firme una nueva convención".

En el asunto litigioso no ha sido materia de discusión el denuncio, en la oportunidad legal, del laudo de 1960. El pliego de peticiones tendiente a la celebración de una convención colectiva que sustituyera el citado laudo fue presentado el 22 de agosto de 1961, esto es, dentro de los sesenta días anteriores a la expiración del nombrado fallo arbitral.

Conocida la situación de hecho entre las partes, anterior a la presentación del pliego, debe examinarse si la decisión recaída a su punto segundo se conforma a la ley y merece, por tanto, homologarse.

Sobre el tema en estudio, la Corte, en fallo del 27 de enero de 1961, al hablar de las facultades y límites del poder arbitral, expone estas tesis:

"Las facultades del árbitro dependen de la naturaleza del conflicto; si éste es de índole económica, aquéllas son las propias del arbitrador o amigable componedor, semejantes a las del conciliador; si el conflicto es de tipo jurídico, las facultades del árbitro son las que corresponden normalmente al Juez ordinario. Si el conflicto es mixto, el juez particular será un árbitro-arbitrador".

"Juzga éste (el arbitrador) el hecho litigioso según su conciencia; aquél (el árbitro) de conformidad con la ley. El arbitrador sustituye a las partes en la formación del contrato que ellas no pudieron concluír; adopta la fórmula más conveniente para la solución de los intereses en contraste, de acuerdo con los dictados de su sentimiento natural de equidad, pudiendo rechazar o acoger las peticiones del pliego, en todo o parte, o transigir las pretensiones opuestas. El árbitro hace, no lo que las partes no pudieron realizar, sino lo que la ley manda que haga. Las distinciones que preceden han llevado a la doctrina a sostener que el fallo del arbitrador es constitutivo, y de declaración el que pronuncia el árbitro, pues su función, como la del Juez ordinario, es decir, el derecho".

La intención clara del artículo 479-2º del Código, es la de no dejar las relaciones obrero-patronales sin reglamento alguno durante el período que corra desde la fecha de la expiración de la convención o laudo anterior hasta la crea-

ción del nuevo acto (convención o laudo) que lo sustituya. Cuando no se denuncia la convención vigente, el artículo 478 del Código somete su duración al plazo presuntivo de seis meses; hecho el denuncio, el 479, ibídem, gobierna el mismo fenómeno disponiendo que continúe en vigor la convención anterior.

Para la Sala la petición de que el nuevo acto que debe reemplazar al precedente rija desde la fecha de la expiración de éste entraña en el fondo una acción de declaración, esto es, una cuestión de derecho, extraña a las facultades del arbitrador. Objeto de una declaración de tal especie es de ordinario toda una relación jurídica, pero según los autores puede abarcar también una de sus modalidades, como la relativa a su duración.

De otro lado, objeto de la convención colectiva y por ende del laudo, es fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 467 del Código. Se ve claro que cualquiera de esos actos se destina a regir las condiciones de trabajo que surjan con posterioridad a su expedición, luego el reglamento que acuerde no puede tener efectos hacia el pasado. Huelga advertir que las partes, en la convención, pueden convenir que la vigencia empiece antes de su firma. Les está permitido una estipulación retroactiva en uso de la libertad contractual, pero de este poder no goza el árbitro, pues una declaración en tal sentido no cabe dentro de sus facultades.

El hecho de que la convención colectiva de condiciones de trabajo disponga para el futuro es lo que ha llevado a la doctrina a sostener que el laudo se asemeja a la sentencia constitutiva, pues el régimen que él establece surge de sus disposiciones.

La casación del trabajo ha tenido oportunidad de estudiar lo concerniente a la retroactividad de los fallos arbitrales, llegando a la conclusión de que sus ordenaciones rigen para el futuro, no hacia el pasado. En fallo del 25 de junio de 1949 (G. del T., Tomo 4º, págs. 602 y ss.) dijo el Tribunal Supremo:

"El laudo arbitral tiene un carácter notorio de reglamentación nueva, de estatuto que reforma las relaciones anteriores, de norma reguladora de una situación distinta de la que precisamente aspira a modificar el pliego petitorio. Desde este punto de vista señala y constituye un nuevo estado para las partes, y sin perder sus calidades peculiares, es una sentencia constitutiva de nuevos derechos y obligaciones. Mal puede entonces volver hacia lo pasado para producir efectos sobre situaciones jurídicas que quedaron lícita y definitivamente concluídas. Su campo de aplicación es precisamente el nuevo estado de cosas, o como lo explica la doctrina, 'los árbitros estatuyen equitativamente una nueva relación jurídica, que rige las relaciones entre las partes para lo futuro' (Ernesto Krotoschin, Instituciones de Derecho del Trabajo, T. II, p. 161). Y si bien este mismo autor, después de señalar la anterior norma general, admite la posibilidad de determinar ciertos efectos retroactivos, la subordina 'a la misma medida en que las leyes en general pueden establecer tales efectos'.

"En síntesis —expone el fallo—, los árbitros están revestidos de libertad discrecional para decidir el conflicto sometido a su estudio; pero tal libertad tiene sus límites en la Constitución y en las leyes. Y en tratándose del régimen de salarios, no puede modificarlo con efecto retroactivo, porque su misión consiste en establecer una nueva reglamentación, que reemplaza a la anterior lícitamente concertada. Sus ordenamientos, sobre esta materia, deben mirar al futuro, que es su ámbito propio de validez temporal. Mas si no lo indicasen expresamente, o si el indicado fuese declarado inexequible al revisarse la regularidad del laudo, sus cláusulas homologadas sólo entrarán en vigor a partir de la fecha de la notificación de la decisión arbitral. Así lo exigen el artículo 30 de la Constitución Nacional; el espíritu general de nuestra legislación que protege la seguridad de las relaciones jurídicas; la doctrina y los principios procesales, que aun aplicados sin desconocimiento de la materia especial, obligan a calificar los laudos como sentencias *sui generis*, pero en todo caso sentencias constitutivas de nuevos derechos que no pueden producir efectos en el pretérito".

Es importante anotar que el fallo en referencia fue proferido bajo el imperio de la legislación anterior al actual Código del Trabajo, vigente desde 1951. El punto relativo a la prórroga de la convención colectiva o del laudo arbitral no lo contemplaba aquélla, como sí lo hace el Código en las normas que se citaron anteriormente. Por tanto, si la tesis del fallo en mención sobre irretroactividad del laudo fue deducida, por vía de doctrina, de preceptos de la Ley Fundamental y del espíritu general de la legislación, frente a la ley en vigor cobra todavía más fuerza, ya que ésta (art. 479-2º del C. S. T.) establece, de modo imperativo, que el régimen de condiciones de trabajo vigente se prolongue hasta la firma de una nueva convención o, en su caso, del laudo arbitral.

El laudo en revisión afirma que esta Sala de la Corte, en fallo del 11 de julio de 1961, aún no publicado en la *Gaceta Judicial,* acoge el principio de la retroactividad del laudo. Al respecto conviene observar que el fallo no tiene ese alcance, pues como lo expresa uno de los pasos de su motivación, las partes habían acordado "que cualquier pliego de peticiones presentado como consecuencia de la denuncia previa de esta convención sólo empezará a considerarse a partir de la segunda década de 1961, pero los aumentos de salario se aplicarán a partir del 1º de enero de 1961". Lo pedido y resuelto por el Tribunal Arbitral en el laudo cuya revisión fue objeto del citado fallo de la Corte, se atemperó a un acuerdo previo de las partes, concertado en convención colectiva, por lo cual no se puede afirmar que aquél prohije la tesis a que se refiere el fallo arbitral en examen.

Resulta, pues, fundado el cargo por violación del artículo 30 de la Constitución y 479-2º del Código Sustantivo del Trabajo. Por consiguiente, los aumentos de salario que decreta la cláusula segunda del laudo sólo regirán a partir del 14 de septiembre de 1962, fecha de su notificación a las partes. En cuanto dispone que se paguen desde el 1º de septiembre de 1961, es inexequible.

A la anterior resolución de la Corte deberá ajustarse lo resuelto por el laudo en el último aparte de su punto segundo, es decir, los empleados que hayan ingresado a la empresa después del 14 de septiembre de 1962 tendrán derecho a los aumentos decretados al cumplir dos meses de servicio, evento en que se tomará como base para la aplicación de la tabla el sueldo inicial.

Punto tercero.

Su texto es el siguiente: "El Banco eliminará de los contratos de trabajo, celebrados con el personal sindicalizado, la cláusula de reserva y el contrato presuntivo. Asimismo reintegrará al personal, cuyos nombres presentará la comisión negociadora".

Contiene dos peticiones: la primera —eliminación de la cláusula de reserva y del plazo presuntivo— fue resuelta por el laudo, acordando una indemnización en dinero cuando el Banco haga uso de la cláusula de reserva o declare terminado el contrato por expiración del plazo presuntivo, tomando en cuenta para determinar la cuantía el tiempo servido, en la proporción que indica la resolución. Negó la segunda petición, sobre reintegro de personal.

El recurrente no ataca la decisión, pues expresa que se acomoda al fallo de la Corte del 27 de enero de 1961. Al respecto la Sala no tiene observaciones que formular.

Punto cuarto.

Dice la súplica: "El Banco pagará como prima semestral, a los empleados sindicalizados, el valor correspondiente a dos sueldos, incluyendo la prima legal con la liquidación correspondiente. El Banco creará y pagará a los trabajadores sindicalizados una prima de vacaciones, equivalente a quince días de salario, por cada año de servicio".

El laudo la resolvió así:

"El Banco pagará a los trabajadores sindicalizados el valor correspondiente a sueldo y medio como prima semestral, entendiéndose incluída en ésta la prima que ordena la ley.

"Establécese una prima de vacaciones, consistente en quince días de salario para cada año de servicio, que deberá serle pagada en dinero al trabajador en el momento en que haga uso de sus vacaciones ordinarias. Esta prima no podrá concederse en tiempo. Pero es acumulable en caso de que el trabajador no hiciere uso de sus vacaciones en el año respectivo. Si el contrato terminare sin que el trabajador hubiese hecho uso de una o más vacaciones, el Banco le pagará las primas que le estuviere debiendo, en dinero, de acuerdo con la presente reglamentación.

"Esta prima se pagará a los trabajadores que adquieran su derecho a vacaciones con posterioridad al 1º de septiembre de 1961. Los que hubiesen hecho uso de las vacaciones antes de la fecha de expedición del presente laudo, tendrán derecho a que se les acumule para el futuro".

Alega el recurrente que la decisión viola el artículo 30 de la Constitución, los artículos 16 y 479 del Código Sustantivo del Trabajo y 1625 y 1626 del Código Civil. Dice en apoyo del cargo que el laudo le impone al Banco cargas superiores a su capacidad, sin tener en cuenta que fue clasificado entre los establecimientos bancarios del tipo "B"; que al imponer quince días de salario como prima especial de vacaciones lo grava "en tres meses y medio por año de sueldo a más de otros pagos...".

El apoderado del sindicato manifiesta que los árbitros se limitaron a dar una solución equitativa a la solicitud, sin exceder el límite de las facultades establecidas en el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo.

En la parte motiva de la decisión, dice el laudo que durante la discusión del pliego, el Banco

ofreció continuar pagando las dos primas legales y una voluntaria que ha venido reconociendo a sus empleados, o sea tres sueldos; que, a una nueva propuesta de ellos, contrapropuso que además de las tres primas citadas, concedería una vacacional, consistente en el aumento progresivo de días hábiles adicionales a los de la ley, según la tabla que presentó, para los trabajadores que llevaran más de cinco años de servicio, sin pasar de la suma de $ 800.00. En cuanto a la prima semestral —dice el fallo— debe decidirse que el Banco estará sometido también a pagar, como obligatoria, la prima voluntaria que viene reconociendo a sus empleados, esto es, deberá pagar la prestación en la misma cuantía (tres sueldos al año) que cubren la mayor parte de los bancos del país. Respecto a la prima de vacaciones dice: se trata de un reconocimiento de importancia para beneficio de los trabajadores y de la empresa, pues garantiza la posibilidad de que el personal, con el auxilio, utilice efectivamente la vacación legal para su completo descanso y regrese al servicio mejor recuperado en su fuerza de trabajo. La prima se concederá sin condicionarla a determinados años de servicio ni a la cuantía del sueldo, pues a ella deben tener derecho todos los trabajadores al cumplir su vacación anual. Anota que un reconocimiento igual al que ordena fue consagrado en las convenciones colectivas celebradas por los Bancos Ganadero, Cafetero, Bogotá, Andes y Londres.

Se considera:

La petición del pliego solicitó dos sueldos semestrales a título de prima y el laudo otorga sueldo y medio, incluyendo la prima que establece la ley, para lo cual tuvo en cuenta concesiones voluntarias otorgadas por el establecimiento bancario. Accedió a la prima de vacaciones ofrecida por el Banco, pero sin condicionarla al tiempo de servicio, en la cuantía solicitada en el pliego.

La resolución se conforma a lo solicitado por el sindicato, de manera que no se aparta de los términos del *petitum* ni a los del decreto de convocatoria. Es clara la facultad de los árbitros para estatuír en tal sentido, pues como ya se ha advertido al respecto gozan de poderes discrecionales. En cuanto a la fecha en que debe entrar a regir la prima de vacaciones (1º de septiembre de 1961), se debe observar que no puede ser anterior a la señalada como de vigencia del laudo (14 de septiembre de 1962), por las mismas razones que se expusieron al examinar la decisión recaída al punto segundo del pliego. Con esta modificación, la decisión es exequible.

Punto quinto.

Dice su texto: "El Banco reducirá el interés para los préstamos destinados a la adquisición de vivienda al tres por ciento (3%) anual y prestará el noventa por ciento (90%) del valor del inmueble, sin sujeción a la cuantía por razón del salario; todo esto dentro de la lógica capacidad del trabajador, calificada por el Comité de Relaciones Industriales. En caso de retiro del trabajador del servicio de la empresa, se cobrará un interés hasta del seis por ciento (6%) anual, sin variación del plazo de amortización total, salvo expresa voluntad del trabajador en contrario y relacionada únicamente con el plazo. Queda entendido que el plazo de amortización será de veinte (20) años. Los trabajadores beneficiados con préstamos para la adquisición de viviendas recibirán como mínimo el cinco por ciento (5%) de auxilio sobre el valor del inmueble".

La resolución del fallo arbitral fue la siguiente:

"El Banco prestará dinero a sus trabajadores, con destino a la adquisición de su vivienda, a su construcción, a la adquisición del solar, a la liberación de gravámenes hipotecarios sobre la casa de habitación del trabajador o al pago del impuesto de valorización sobre su casa o solar, de acuerdo con la reglamentación contenida en la Resolución número 119 de noviembre 28 de 1961, expedida por el Banco Cafetero, la cual se acompaña como anexo al presente laudo, con las siguientes modificaciones:

"a) En el artículo 4º de la Resolución, los plazos de los préstamos serán de veinte (20) años y no de quince (15) años;

"b) En el artículo 9º de la misma Resolución, parte final, se leerá: 'Cuando el préstamo se destine a la compra del solar para futura construcción, su cuantía será el valor de un sueldo mensual, incluyendo la prima de carestía, multiplicado por treinta (30). No se tendrán en cuenta fracciones decimales', y

"c) El parágrafo 2º del artículo 9º referido quedará así: '... si se trata de la compra de solar, los préstamos no podrán exceder del sesenta por ciento (60%) de su valor comercial' ".

El recurrente ataca la decisión porque el laudo no tuvo en cuenta la clasificación existente de los bancos en los tipos A), B) y C), situando al Royal Bank entre los bancos del tipo A), pues elevó el porcentaje del valor del préstamo y aumentó el plazo. Agrega el impugnador que el fallo viola el ordinal 2º del artículo 86 de la

Ley 45 de 1923, modificado por el Decreto 329 de 1938, según el cual los plazos de los préstamos no podrán exceder de dos años ni su monto superior a la mitad de sus depósitos a término, con exclusión de los que verifiquen las secciones de ahorros, siempre que se hallen garantizados con prenda agraria.

Motivan la decisión del laudo estas consideraciones:

En las discusiones del pliego el Banco dijo que no estaba obligado al reconocimiento, ofreciendo estudiar con la casa matriz de Montreal una solución al problema, de acuerdo con las leyes bancarias que limitan sus actividades; que aunque está interesado en resolver favorablemente la petición, ha encontrado dificultades porque las leyes del Canadá prohiben hacer préstamos sobre hipoteca, y el reglamento del Banco exige que todo préstamo a sus empleados superior a $ 1.500.00 sea autorizado por la sede de Montreal.

De acuerdo con el laudo de 1960 (decisión 9ª) —continúa el fallo—, el Banco quedó obligado a hacer préstamos a sus empleados, con destino a la adquisición de su vivienda o a su mejora y dentro de los límites de las disposiciones legales vigentes, hasta el 80% del valor del inmueble (casa y terreno), en una cuantía máxima de $ 80.000.00, aplicando la reglamentación que para el efecto señala la Resolución número 67 de mayo de 1960, del Banco Cafetero, por lo cual se trata de una obligación social que no puede ser evadida por actividades bancarias; que sobre el punto debe limitarse a reiterar la obligación para el Banco, pero refiriéndola a los términos y condiciones de la Resolución número 119 de 28 de noviembre de 1961, del Banco Cafetero, dictada en desarrollo de la citada antes, modificando aquélla únicamente para aumentar el plazo máximo de los préstamos y el tope máximo de la cuantía cuando se trata de adquirir el solar para la futura edificación, en la forma que determina la parte resolutiva del laudo. Agrega que modificaciones similares se pactaron en los bancos de Los Andes, Bogotá y Comercio en sus últimas convenciones colectivas.

Se considera:

Las leyes que regulan la actividad de los establecimientos bancarios, en cuanto a las operaciones de préstamo para las cuales están autorizados, su cuantía, intereses y plazos de amortización, rigen para los negocios con sus clientes. Los préstamos que hagan a sus empleados con destino a la adquisición de viviendas o a la liberación de deudas contraídas con tal fin, no están sometidos al régimen legal normativo de sus operaciones comunes y corrientes, sino a las normas del derecho social, principalmente, en vista de que persiguen objetivos de interés general, de los cuales es preciso excluír el ánimo de lucro. No son, pues, aceptables los argumentos del acusador. El reparo de que el laudo dejó de lado el hecho de que, según la clasificación de los bancos, situó al Royal en los del tipo A), esto es, en una categoría superior a la que le corresponde, carece de fundamento, porque como se anotó en otro lugar de este fallo, la clasificación fue hecha por el laudo presidencial de 1959 y para los efectos del mismo, no por la ley ni por acto contractual que vincule a las partes.

El laudo acoge la petición del pliego en forma distinta a su contenido. Con todo, la Sala entiende que las modificaciones no alteran la esencia de la solicitud, pues conserva la finalidad que la inspira, o sea la de que se otorguen préstamos a los empleados para la adquisición de viviendas. A este efecto, el fallo arbitral resolvió atenderla sujetándola al reglamento establecido en el Banco Cafetero, con algunas modificaciones en cuanto a la cuantía del préstamo cuando se le destine a la compra de solar, a la compra de solar para futura construcción, y al plazo de amortización.

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

Punto sexto.

Está redactado así: "Los celadores, porteros y similares sindicalizados, tendrán una jornada ordinaria máxima de trabajo de ocho (8) horas continuas, debiendo disfrutar por cada seis jornadas diurnas o nocturnas de servicio, un descanso de veinticuatro (24) horas continuas, sin excepción. Quienes presten el servicio nocturno o excedan la jornada diaria recibirán el sobrecargo o la remuneración por trabajo extra que determine la ley para ambos casos. Para el resto de trabajadores se entenderá por jornada ordinaria de trabajo la comprendida entre las ocho y cuarenta y cinco a. m. y las 12 m., y de las 2 y 15 p. m. a las 5 y 30 p. m., en las ciudades donde rige para el público el horario de 9 a. m. a 12 m., y 2 y 30 a 4 p. m. Para las ciudades con horario diferente la correspondiente proporción. Los sábados la jornada ordinaria será de 8 y 45 a. m. a 12 a. m., y proporcionalmente para las ciudades con horario diferente. Todo el tiempo trabajado que exceda de este horario será considerado como horas extras y se liquidarán de acuerdo con la ley".

Fue resuelta por el laudo en estos términos:

"Los porteros y celadores del Banco tendrán una jornada ordinaria de ocho (8) horas diarias,

debiendo disfrutar por cada seis (6) jornadas continuas de un descanso de veinticuatro (24) horas, sin excepción. Todo trabajo extra que exceda de esta jornada, lo mismo que todo trabajo nocturno, será liquidado con los sobrecargos establecidos en la ley.

"Salvo lo anterior, el Banco dará cumplimiento a las disposiciones legales y reglamentarias sobre jornada de trabajo".

Fundan la resolución estas razones:

Sostuvo el Banco durante las discusiones del pliego y ante el Tribunal que cumplía la jornada de trabajo conforme a la ley, y que a los porteros y celadores les pagaba el trabajo nocturno o el suplementario, de acuerdo con las normas legales. Manifiesta el laudo que a excepción de los porteros y celadores, a quienes por la especial y peligrosa responsabilidad de sus funciones, se les debe fijar una jornada de trabajo que no exceda de ocho horas diarias, con su descanso semanal mínimo de 24 horas, para el resto del personal debe dejarse al Banco en libertad para que organice los horarios con ajuste a la ley y a las modalidades de su actividad; que el Banco Ganadero en la convención que firmó en noviembre de 1961 acordó para sus celadores la jornada de ocho horas y el respectivo descanso semanal.

El recurrente impugna la decisión diciendo que los empleados de vigilancia no ejercen la función de manera permanente, ni es cierto que ofrezca peligros, como lo afirma el laudo; que, por tal motivo, debe declararse inexequible.

El apoderado de la entidad sindical expresa que si bien la ley regula el tiempo de la jornada de trabajo, los trabajadores pueden pedir su modificación; que la decisión se acomoda a lo pedido por las partes "y a lo establecido en casos similares".

Se considera:

El Código del Trabajo (art. 161) fija en ocho horas diarias la jornada máxima legal. Exceptúa de esa regulación, literal b), las actividades discontinuas o intermitentes y las de simple vigilancia, para las cuales fija una jornada ordinaria de doce horas diarias como máxima. Los trabajadores que desempeñan tales actividades quedan excluídos de la jornada máxima legal cuando residan en el lugar de trabajo [art. 162, literal c), inciso 1º del mismo Código].

No cabe duda de que las partes, contractualmente, pueden reducir la jornada máxima legal, como lo autoriza el artículo 158 de la ley laboral; pero el árbitro no tiene facultades para estatuír en tal sentido, ya que no se trata de una cuestión simplemente económica sino también de orden legal, que no entra en sus poderes de arbitrador, como antes se anotó al delimitar los que le asisten cuando actúa en tal carácter. Por las razones expuestas no es homologable la cláusula arbitral en examen, por lo cual será declarada inexequible. Prospera el cargo.

Punto séptimo.

Su texto es el siguiente: "El Banco (excepto el Cafetero, que trasladará el excedente del 10% al sueldo fijo mensual) creará y pagará a los trabajadores sindicalizados una prima móvil de carestía, la cual se iniciará con el 10% mensual y quedará sujeta a las variaciones del costo de la vida que registra el Departamento de Estadística del Banco de la República. El Banco pensionará a los trabajadores sindicalizados a su servicio después de veinte años continuos o discontinuos, sin sujeción a la edad y tomando como base para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación el 100% del sueldo promedio devengado en el momento del retiro".

La petición fue resuelta en estos términos:

"Créase a favor de los trabajadores, y a cargo del Banco, una prima móvil de carestía, la cual se iniciará con el tres por ciento (3%) del sueldo mensual, que se irá reajustando mes por mes, de acuerdo con los datos que el Departamento Nacional de Estadística publica en su Boletín Mensual de Estadística.

"La prima de carestía se liquidará a partir del 1º de octubre de 1962, tomando como base el sueldo mensual del trabajador en 1º de septiembre de 1961, más las alzas decretadas en el presente laudo. Los aumentos voluntarios de salario se excluyen del cómputo para la aplicación de la prima, en cuanto rebasen las alzas decretadas en el ordinal 2º".

El laudo explica la ordenación diciendo que el Banco no fue partidario de la prima, sino de las revisiones anuales del salario. Agrega que como el alza en el salario nominal tiene por base la mayor productividad del trabajo, es justo y equitativo que el alza nominal no sea devaluada por la espiral de los precios, porque de otra manera pierden las mejoras del sueldo parte de su dimensión quimérica y se logra un cálculo real de salarios, benéfico para ambas partes; que el Banco Cafetero tiene establecida desde hace años la prima móvil con buen resultado en las relaciones obrero-patronales. Que ha escogido un punto de partida del 3%, contado desde el 1º de octubre de 1962, de acuerdo con los datos que inserta del Departamento Nacional de Estadística; que para

iniciar el sistema ha determinado comenzar por debajo del alza real en el costo de la vida con el propósito de institucionalizar una fórmula que en el futuro mejore el régimen de salarios.

Sobre la reforma al régimen jubilatorio actual, el Tribunal lo niega, porque expedida la Ley 171 de 1961, que mejora el anterior, la petición resulta inoportuna.

Afirma el recurrente que el laudo, al decretar la prima móvil, extralimitó sus funciones, violando la Constitución y la ley, como lo sostiene el salvamento de voto al cual se acoge. Dice el salvamento que la petición sobre creación de la prima solicitada a los bancos en el pliego de peticiones de agosto de 1961, no fue atendida por ninguno de ellos; que la carga implica el establecimiento de una categoría especial para el Royal, superior al resto de las entidades bancarias y contraria a lo dispuesto en los decretos ejecutivos sobre extensión de los laudos anteriores. Agrega que la Ley 189 de 1959 estableció la prima proporcionada al salario y al costo de la vida, que debía empezar a regir cuando el Gobierno, con posterioridad al año de 1960, lo determine, y que si éste ninguna medida ha tomado al respecto, ello se debe a las especiales repercusiones que produce; que sólo puede asumir la obligación una entidad superior en capacidad a un banco que como el Royal fue clasificado en el tipo B), "puesto que sólo se encuentra la prima en el Banco Caferero, que pertenece al tipo A)".

Se considera:

No es exacto que el laudo, al establecer la prima móvil, extralimite sus funciones, toda vez que fue solicitada en el pliego de peticiones. Por lo demás, el impugnador no da razón alguna que demuestre la oposición entre la ordenación del Tribunal y normas de la Constitución o de la ley, o de convenciones vigentes entre las partes. Los decretos del Gobierno colocan al Royal Bank en una categoría semejante a la que el fallo arbitral del 14 de julio de 1959 clasificó entre los del tipo "A". Así se desprende de lo preceptuado en el Decreto 1094 de 1960 (art. 1º), sobre extensión de los efectos del referido fallo a varios establecimientos bancarios, entre los cuales figura el Royal Bank, y de lo dispuesto en el Decreto 435 de 1961, también en su artículo 1º. Si la prima móvil de que trata la Ley 189 de 1959 no ha comenzado a regir, las razones pueden ser distintas de la que presenta el salvamento de voto, como las de que debiendo comprender a todas las empresas podría causar trastornos a la economía nacional sin previo estudio, que requiere largo tiempo, de los índices de precio en todo el país, por una parte, y de la adopción de medidas de fomento de los factores esenciales de la producción, por la otra, factores que no tienen la misma influencia cuando la prima se circunscribe a determinadas empresas de reconocida solvencia económica, como los establecimientos bancarios.

Por lo expuesto, no se recibe el cargo.

La resolución dada por el laudo a las súplicas de los puntos octavo, noveno y décimo del pliego, no es materia de censura por el recurrente, ni lo resuelto en ellos, a juicio de la Sala, ofrece reparos que puedan conducir a declarar su inexequibilidad.

Punto undécimo.

Contiene estas peticiones: "Las cláusulas de los laudos arbitrales, pactos y reglamentos internos preexistentes, que en todo o parte beneficien al trabajador, se entienden incorporados a la convención resultante del presente pliego de peticiones. El Banco no ejercerá represalias de ninguna naturaleza, ni económicas ni disciplinarias, con motivo de la tramitación del presente pliego.

"La convención resultante del presente pliego tendrá una duración de doce meses, es decir, surte sus efectos a partir del 1º de septiembre de 1961, y tendrá vigencia hasta el 31 de agosto de 1962.

"El Banco —con los demás bancos—, como en el año inmediatamente anterior, se constituirá en unidad de industria para efectos de la tramitación del presente pliego".

Fueron resueltas por el laudo en los términos siguientes:

"Las cláusulas de los laudos arbitrales, pactos y reglamentos de trabajo preexistentes que, en todo o parte beneficien a los trabajadores, se entienden incorporados al presente laudo. El Banco no ejercerá represalias de ninguna naturaleza, ni económicas ni disciplinarias, con motivo de la tramitación del pliego de peticiones que dio origen a este fallo.

"El presente laudo tendrá vigencia hasta el 31 de agosto de 1963. El salario mínimo, el aumento de salarios, las primas de servicio y la prima vacacional regirán desde el primero de septiembre de 1961.

"El Banco estará obligado a reajustar los salarios de sus trabajadores antes del primero de noviembre de 1962. Si no lo hiciere o si los reajustes no fuesen satisfactorios para los traba-

jadores, la Asociación Colombiana de Empleados Bancarios podrá presentar antes del 15 de noviembre de 1962 un nuevo pliego de peticiones limitado exclusivamente al aumento de salarios''.

Se considera:

Lo dispuesto por el laudo en el primer párrafo de la resolución, acorde con lo pedido en el pliego, no es objeto de reparos por el recurrente, ni le merece a la Sala observación alguna.

La acusación ataca la ordenación arbitral en cuanto ordena el pago de los aumentos de salario, salario mínimo y prima de vacaciones, por su carácter retroactivo, como lo concerniente a la vigencia del laudo, pues todas esas disposiciones las estima contrarias a la Constitución.

Al estudiar los puntos segundo y cuarto del pliego de peticiones, la Sala llegó a la conclusión de que las reivindicaciones económicas que al decidirlos decreta el laudo, no podían regir sino desde la notificación del fallo arbitral a las partes, y no con anterioridad a su vigencia, pues con tal significación las ordenaciones resultan retroactivas y, de consiguiente, contrarias a mandato expreso de la ley laboral.

Conviene observar lo siguiente: respecto de primas de servicio voluntarias, que el laudo hace obligatorias, continuarán causándose en la forma establecida por el establecimiento bancario. Para su liquidación, se tomará en cuenta el aumento de salarios que el fallo arbitral ordena, pero a partir del 14 de septiembre de 1962. Lo propio cabe decir en relación con la prima vacacional, esto es, para liquidarla se imputará el aumento de las asignaciones desde la fecha anotada.

Es oportuno anotar aquí, con respecto a la prima de carestía de la vida, de que trata la decisión del numeral séptimo del laudo, que el aumento de salarios decretado por él, para efectos de la liquidación de la prima, se computará desde la fecha de la vigencia del fallo. La resolución en tal sentido es una consecuencia de la irretroactividad del laudo, sostenida en esta providencia.

En relación con el ámbito temporal del laudo, se observa:

''De las discusiones del pliego resulta que hubo acuerdo entre las partes acerca de estos puntos: señalarle a la convención un término de duración de dos años; reajustar los salarios al expirar el primer año, y facultar al sindicato para pedir el aumento de los sueldos si el ofrecido por la empresa al vencimiento del primer año no los estima aquél satisfactorio. La discrepancia entre los negociadores del pliego se manifestó respecto de la fecha inicial de vigencia de la convención; los trabajadores indicaron la del 1º de septiembre y el patrono la del 1º de junio. Frente a la disparidad de criterios, el Tribunal se atuvo a la presentada por los trabajadores. Dispuso que el reajuste se hiciera antes del 1º de noviembre de 1962, autorizando al sindicato para solicitarlo, antes del 15 de ese mes y año, si el ofrecido por la empresa no tenía la aceptación de aquél. Debiendo comenzar a correr el plazo señalado a la convención el 1º de septiembre de 1961, y habiendo sido expedido el laudo el 13 de septiembre de 1962, por sustracción de materia el reajuste no podía hacerse al vencimiento del primer año. Por tal motivo el laudo se vio forzado a optar por una fecha distinta a la pedida por las partes, que no coincide con la aspiración de ninguna de ellas. Al respecto obró discrecionalmente. Que hubiera procedido así, no da pie para sostener que la decisión sea ilegal. Importa destacar el hecho de que sobre lo esencial, las partes estuvieron de acuerdo. La decisión arbitral se limitó a reglamentar una cuestión accesoria, en desarrollo del convenio de aquéllas.

Lo expuesto deja ver que no es atendible el argumento del salvamento de voto, aducido también por el recurrente, según el cual el reajuste dispuesto por el laudo permite presentar nuevo pliego de peticiones durante su vigencia, desconociendo que el objeto del fallo arbitral es ponerle término al conflicto colectivo. Voluntad de las partes fue la de que al vencer el primer año la empresa reajustara los salarios, quedando facultado el sindicato para pedir su aumento si el ofrecido por el patrono lo estimaba inaceptable. Por tanto, si de nuevo conflicto puede hablarse hallándose el laudo en vigor, tenía de antemano el consentimiento de los interesados.

Por lo expuesto, no se recibe el cargo.

El punto undécimo, último del laudo, decide la petición adicional al pliego, la cual solicita el reintegro de los trabajadores despedidos con ocasión del conflicto y el reconocimiento de sus derechos. Fue negada por el Tribunal.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *resuelve:*

1º Declárase inexequible la decisión del ordinal segundo del laudo en cuanto ordena que el salario mínimo allí fijado y los aumentos de sueldos que decreta empezarán a regir desde el 1º de septiembre de 1961. Lo dispuesto sobre tales puntos tendrá aplicación a partir del 14 de sep-

tiembre de 1962. Se subordinará a esta misma fecha lo resuelto en el último aparte del mencionado numeral.

2º Declárase inexequible la decisión del numeral cuarto del laudo, en cuanto dispone que la prima de vacaciones rija con anterioridad a la fecha de vigencia del laudo.

3º Se declara inexequible la decisión del numeral sexto del fallo arbitral, sobre jornada de trabajo de porteros y celadores. Al respecto se estará a lo que dispone la ley.

4º Declárase inexequible la decisión del numeral undécimo del laudo, en cuanto ordena que el salario mínimo, el aumento de salarios y la prima vacacional comiencen a regir desde el 1º de septiembre de 1961. Respecto de los tres primeros puntos se estará a lo estatuído en los numerales 1º y 2º del presente fallo. Lo resuelto en el mismo numeral sobre prima de servicios, deberá entenderse en la forma explicada en la parte motiva de esta providencia.

5º Se homologan las demás disposiciones del laudo.

Copia de esta sentencia se enviará al Ministerio del Trabajo para su depósito.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial*, y archívese el expediente.

Con salvamento de voto, *Luis Alberto Bravo; Roberto de Zubiría C.; Luis Fernando Paredes; José Joaquín Rodríguez.*

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR LUIS ALBERTO BRAVO

El salvamento se aparta del criterio de la mayoría de la Sala, en cuanto para ésta resulta inadmisible que ciertos ordenamientos del laudo comiencen a regir con alguna anterioridad a la fecha de expedición del mismo.

Respetuosamente me aparto del criterio adoptado por la mayoría de la Sala en lo tocante al ordenamiento del laudo conforme al cual el salario mínimo en él fijado y los aumentos de sueldos que decreta, empezarán a regir desde el 1º de septiembre de 1961, esto es con anterioridad a la fecha de expedición del mismo laudo.

Este punto es análogo al que se decidió por el Tribunal Supremo del Trabajo en sentencia de homologación del 25 de junio de 1949, que se cita ahora como antecedente jurisprudencial. Por tanto, me remito a los motivos que, en mi condición de Magistrado de esa corporación, expuse en salvamento de voto para no acoger la tesis que entonces también prevaleció por mayoría de votos.

En lo pertinente, dicho salvamento dice:

"En cuanto a la tesis relativa al ámbito de validez temporal de la convención colectiva, aplicable al laudo arbitral, creo necesario hacer una distinción.

"Cuando una convención colectiva sucede a otra cuyo plazo de duración termina sin que durante él se haya presentado ningún conflicto entre los sujetos de la misma seguramente la nueva convención sólo tendrá que proveer hacia el futuro. Pero, si en cambio, antes de llegar el día previsto para la expiración de la convención ocurren, por ejemplo, alteraciones de la normalidad económica que den lugar a un conflicto colectivo, los negociadores de las nuevas condiciones de trabajo casi siempre se verán obligados a examinar y resolver situaciones anteriores. Y lo lógico es entonces que se tome como punto de partida el momento en que surgieron dichas alteraciones.

"Gallart y Folch, quien sostiene que las convenciones colectivas no son retroactivas, admite, sin embargo, que pueden tener ese carácter cuando sobrevienen como culminación de un conflicto, como en el caso de una huelga en que se haya discutido si se devengaron o no unos salarios y el tipo a que deben liquidarse éstos. Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española, página 165).

"La Suprema Corte de Justicia de México, en ejecutoria del 1º de marzo de 1938, que cita Trueba Urbina en su tratado de Derecho Procesal del Trabajo, dijo que 'la resolución que se dicte en un proceso de orden económico, en el que se reconozca la existencia de un desequilibrio entre los factores de la producción, debe retrotraerse al instante en que se produjo ese desequilibrio' ".

Y Krotoschin se expresa así:

"El caso más interesante es aquel en que las partes o las autoridades encargadas (organismos corporativos, árbitros, etc.) convienen o establecen una verdadera retroactividad (de segundo grado) de la convención. Se puede fijar por ejemplo —y este es el caso más frecuente— como fecha de la entrada en vigor el día del estallido del conflicto (huelga o lock-out), al que la convención pone término. La primera cuestión que se presenta es la de saber si las partes tienen facultad para establecer normas objetivas con efecto retroactivo. Debe contestarse en forma afirmativa. Es una consecuencia lógica de la capacidad de las partes, legalmente reconocida, la de fijar normas generales de derecho como si se tratara del mismo legislador estatal, dentro de la esfera reservada a las asociaciones profesio-

nales. En virtud de su autonomía pertinente, las asociaciones profesionales pueden 'legislar', en principio, en la misma forma y con los mismos efectos que el Estado, hallándose sometidas también a las mismas restricciones.

"De acuerdo con este principo, las partes pueden convenir, v. gr., en que determinado salario se pague con efecto retroactivo. Tal cláusula no sería impugnable, por ejemplo, alegando que con ello se viola un derecho adquirido del empleador. El contrato de trabajo, por lo general, se suspende a causa de la huelga o del lock-out, y su contenido queda subordinado al nuevo arreglo colectivo, de modo que durante el lapso de suspensión no hay derechos determinados que podrían ser adquiridos. Si el contrato hubiese terminado durante la huelga por vencimiento del plazo convenido con anterioridad o por despido legalmente operado, la situación no sería otra, pues la disolución se habría efectuado después del comienzo del conflicto, dejando en la duda la existencia o inexistencia de créditos complementarios por el período hasta la terminación del contrato. Las partes de la convención pueden ponerse de acuerdo, desde luego, para excluír a los contratos ya vencidos de los efectos retroactivos. Pero no se puede establecer presunción alguna en este sentido". (Instituciones de Derecho del Trabajo, Tomo I, página 240).

Considero, además, que cuando se pide por los trabajadores la modificación de las cláusulas preexistentes de una convención colectiva o de un laudo en lo relativo a salarios, con base en el aumento del costo de la vida que al presentar el pliego de peticiones ha alcanzado determinados índices, los árbitros, dado el poder que tienen para estatuír en equidad en esta materia, deben, o negarse a revisar la tarifa anterior por no aparecer demostrada la alteración de las condiciones económicas o, en caso contrario fijar las nuevas tarifas, lo cual, si no se produce dentro de los breves términos que quiere la ley, habrá de referirse, por fuerza de los factores económicos determinantes del conflicto, a la fecha prevista para la expiración normal de la convención o del laudo, pues de otra manera el orden público y la paz social, fines primordiales del derecho del trabajo, se verían gravemente comprometidos.

Promovida oportunamente la sustitución total o parcial de las condiciones de trabajo acordadas anteriormente por las partes o fijadas por decisión arbitral, y tomando como punto de partida y razón de las modificaciones el momento que se comprueba la alteración de las condiciones económicas, no habría propiamente retroactividad de las nuevas condiciones en cuanto no se invada el período de vigencia de las anteriores, sino un simple cómputo retrospectivo del tiempo destinado al estudio y solución del respectivo conflicto.

Si se trata de un fallo arbitral proferido para reemplazar uno anterior, no cabe perder de vista que la vigencia de éste, según el texto claro del literal 2) del artículo 461 del Código Sustantivo del Trabajo, "no puede exceder de dos (2) años". Mas suponiendo aplicable a los laudos el literal 2) del artículo 479, ibídem, el cual dispone que formulada la denuncia de una convención colectiva, "ésta continuará vigente hasta cuando no se firme una nueva convención", parece obvio que el objeto que se persigue con ello, es sólo el de evitar dudas en torno a las condiciones de trabajo que han de regir provisionalmente, y que bien podían ser las de la ley, a falta de esta norma expresa.

Fecha *ut supra.*

Luis Alberto Bravo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

OTRAS SENTENCIAS NO PUBLICADAS

Esta Sala profirió también durante los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1962 las sentencias que se relacionan a continuación y que no se publican por falta de espacio.

Reclamación sobre reconocimiento y pago de mejoras. Técnica de la demanda de casación. Con fecha 18 de septiembre de 1962, no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Manizales, en el juicio ordinario adelantado por Antonio José Vega contra José Peláez Gómez y otra. Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez.

Prestaciones sociales. Servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios. Gastos de entierro. Prescripción del derecho a vacaciones. Improcedencia de las condenaciones en abstracto en el juicio laboral. Con fecha 21 de septiembre de 1962, la Corte casa parcialmente la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Popayán, dictada en el juicio laboral adelantado por Bertha Arias viuda de Jaramillo contra la Compañía Distribuidora de Loterías. Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo.

Reclamación de prestaciones e indemnizaciones. Técnica de casación referida al cargo por error de derecho en la estimación de las pruebas. Excepción de compensación. Reconocimiento tácito de documentos. Con fecha 26 de septiembre de 1962, la Corte casa parcialmente el fallo recurrido, dictado por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio promovido por Baltazar Castañeda contra César Cadavid Vallejo. Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C.

Reclamación sobre mejoras. El presupuesto procesal de la capacidad para ser parte. Prueba de la personería. Con fecha 5 de octubre de 1962, no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Manizales, en el juicio ordinario laboral seguido por Raimundo Elí Montoya contra la sucesión de Jesús María Cárdenas. Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez.

Contrato de trabajo y contrato de obra. Deficiencias técnicas de la demanda de casación. Con fecha 18 de octubre de 1962, no se casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por José Domingo Bello contra la sociedad conyugal de Belisario Bello y Soledad Gaitán de Bello. Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez.

Vacaciones. Pretendida incompetencia de la justicia del trabajo para conocer de este proceso. Invocación de la causal de casación establecida por el Decreto 2017 de 1952. Reiteración de doctrinas. Con fecha 27 de noviembre de 1962, no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio laboral adelantado por Pedro A. Mejía contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A.

Reclamación sobre vacaciones. Invocación de la causal consagrada en el Decreto 2017 de 1952. Competencia de la justicia del trabajo en el caso presente. Con fecha 27 de noviembre de 1962, no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio laboral seguido por Misael Vargas contra la Asociación Nacional de Navieros. Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez.

Vacaciones. Invocación de la causal de casación que establece el Decreto 2017 de 1952. Competencia de la justicia del trabajo para conocer de este asunto. No se probó la excepción de incompetencia alegada desde el principio del plei-

to. Reiteración de doctrinas. Vacaciones. Pretendida incompetencia de la justicia del trabajo para conocer de este negocio. Infundada invocación de la causal establecida por el Decreto 2017 de 1952. Reiteración de doctrinas. Con fecha 28 de noviembre de 1962, no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio laboral promovido por Andrés A. Benítez contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A.

Auxilio de cesantía y vacaciones. No prospera la causal de casación establecida por el Decreto 2017 de 1952. Competencia de la justicia laboral para conocer del proceso. Con fecha 30 de noviembre de 1962, no se casa la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Medellín, dictada en el juicio ordinario laboral instaurado por Eleuterio Lozano contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C.

Seguro de vida y cesantía. Infundada invocación de la causal especial de casación establecida en el Decreto 2017 de 1952. Competencia de la justicia del trabajo para el conocimiento y fallo del presente negocio. Con fecha 30 de noviembre de 1962, no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el juicio ordinario laboral instaurado por María Libia Vélez contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo.

Vacaciones. Causal de casación del Decreto 2017 de 1952. Competencia de la justicia del trabajo en el caso sub judice. Con fecha 5 de diciembre de 1962, no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario laboral seguido por Miguel Vélez contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez.

Vacaciones. Competencia de la justicia laboral para conocer y decidir el presente negocio. Ineficaz invocación de la causal especial de casación consagrada por el Decreto 2017 de 1952. Con fecha 5 de diciembre de 1962, no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, dictada en el juicio laboral instaurado por Manuel S. Gallego contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C.

Vacaciones. Pretendida incompetencia de la justicia del trabajo para decidir esta litis. Invocación de la causal consagrada en el artículo 1º del Decreto 2017 de 1952. Con fecha 6 de diciembre de 1962, no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario laboral adelantado por Leopoldo Correa contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C.

Vacaciones. Causal de casación del Decreto 2017 de 1952. Competencia de la justicia del trabajo. Con fecha 6 de diciembre de 1962, no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio laboral de Antonio Herrera contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C.

Vacaciones. Invocación de la causal de casación establecida por el Decreto legislativo número 2017 de 1952. No se demostró la pretendida competencia del Tribunal Arbitral. Reiteración de doctrinas anteriormente sentadas por la Sala. Con fecha seis de diciembre de 1962, no se casa la sentencia recurrida, dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, en el juicio instaurado por Ignacio Ríos contra la Sociedad Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A.

Cesantía. Causal especial de casación establecida en el Decreto 2017 de 1952. Competencia de la justicia laboral para conocer el presente negocio. Con fecha seis de diciembre de 1962, no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario laboral adelantado por Juan Berten Moreno G. contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez.

Vacaciones. Infundada alegación de incompetencia de la justicia del trabajo para decidir este pleito. Invocación de la causal establecida en el Decreto 2017 de 1952. Reiteración de doctrinas. Con fecha 7 de diciembre de 1962, no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio laboral instaurado por Ramón A. Mesa contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A.

Vacaciones. Causal de casación consagrada en el Decreto 2017 de 1952. Competencia de la justicia ordinaria en el caso de autos. Con fecha 7 de diciembre de 1962, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio laboral seguido por Conrado Uribe

contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez.

Auxilio de cesantía y vacaciones. Pretendida incompetencia de la justicia laboral para conocer de este negocio. Infundada invocación de la causal especial de casación consagrada en el Decreto 2017 de 1952. Con fecha 7 de diciembre de 1962, no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio laboral promovido por José María Lezcano contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C.

Auxilio de censantía. Vacaciones. Pretendida incompetencia de la justicia del trabajo para conocer y fallar el negocio. Infundada acusación. Con fecha 10 de diciembre de 1962, no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio laboral de Rafael Arias contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo.

Vacaciones. Invocación de la causal de casación consagrada en el Decreto 2017 de 1952. Competencia de la justicia laboral en el presente caso. Con fecha 10 de diciembre de 1962, no casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio laboral de Ismael Conde contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo.

Vacaciones. Interposición del recurso extraordinario con fundamento en el motivo establecido en el Decreto 2017 de 1952. Competencia de la jurisdicción del trabajo para conocer y fallar este negocio. Con fecha 10 de diciembre de 1962, no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio seguido por José de Jesús Berrío C. contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo.

Vacaciones. Competencia de la justicia laboral. Invocación de la causal especial del Decreto 2017 de 1952. Reitera la Sala doctrinas anteriores sentadas por ella. Con fecha 10 de diciembre de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio de Pedro Barrantes contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A.

Vacaciones. Invocación de la causal de casación establecida en el Decreto extraordinario 2017 de 1952. Competencia de la justicia del trabajo para conocimiento de este proceso. Con fecha 10 de diciembre de 1962, no se casa la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Medellín, en el juicio de Miguel Baena contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez.

Cesantía y vacaciones compensadas. Competencia de la justicia laboral para conocer del presente caso. Infundada invocación de la causal especial de casación consagrada en el Decreto 2017 de 1952. Con fecha 11 de diciembre de 1962, no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral seguido por Regner Oquendo Lezcano contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez.

Vacaciones. Competencia de la justicia laboral en el presente negocio. Infundada invocación de la causal de casación establecida en el Decreto 2017 de 1952. Con fecha 12 de diciembre de 1962, no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio de Ramón E. Lora contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez.

Vacaciones. Infundada invocación de la causal de casación consagrada en el Decreto 2017 de 1952. Pretendida incompetencia de la justicia del trabajo para decidir el presente caso. Con fecha 13 de diciembre de 1962, no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, en el juicio de Liborio Londoño contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo.

Vacaciones. Interposición del recurso de casación con fundamento en la causal consagrada en el Decreto 2017 de 1952. Competencia de la justicia del trabajo para conocer y decidir el proceso. Con fecha 13 de diciembre de 1962, no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio de Zoilo Serna contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo.

Vacaciones. Infundada invocación de la causal especial de casación consagrada en el Decreto 2017 de 1952, con ánimo de obtener la anulación del proceso por incompetencia de la justicia del trabajo. Reiteración de doctrinas. Con fecha trece (13) de diciembre de 1962, no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal de

Medellín en el juicio de Juan B. Cataño contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A.

Vacaciones. Causal de casación establecida en el Decreto 2017 de 1952. Competencia de la jurisdicción laboral para conocer y decidir del presente negocio. Con fecha catorce (14) de diciembre de 1962, no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, dictada en el juicio de Zósimo Ochoa contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo.

Vacaciones. Infundada invocación de la causal de casación establecida en el Decreto 2017 de 1952. Pretendida incompetencia de la justicia del trabajo para conocer de este asunto. Con fecha 14 de diciembre de 1962, no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Triunal Superior de Medellín en el ordinario laboral seguido por Enrique Hernández contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo.

Reclamación de prestaciones e indemnizaciones. Técnica del recurso de casación. Con fecha 15 de diciembre de 1962, no se casa el fallo recurrido, dictado por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario laboral adelantado por José Reinaldo Hernández contra el "Almacén Valher - Antonio Naranjo L. - Sucursal". Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Extractos de jurisprudencia de esta Sala a cargo del Relator de entonces, doctor Luis Ignacio Segura.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO

1. La peligrosidad que se afirma de una carretera o puente, debe probarse. — 2. Responsabilidad extracontractual de la administración en función de actos discrecionales, tales como el pavimentar o no una carretera.

1. El predicar la peligrosidad de la carretera y del puente, en el lugar del accidente, constituye un juicio o un concepto, que debe establecerse en el proceso mediante la presentación de una prueba adecuada a la naturaleza del extremo cuestionado; y es así como el elemento de peligrosidad no puede ser meramente subjetivo, según la opinión del testigo, sino que deben probarse determinados elementos objetivos, de los cuales, en virtud de principios técnicos, pueda atribuírse aquella modalidad a la carretera y al puente.

En este orden de ideas, si se trata de probar la peligrosidad de una curva en una carretera o de un puente, debe ocurrirse, no a la prueba testimonial, sino a la pericial, para que los expertos establezcan la falta de determinados requisitos técnicos que haga peligroso el tránsito.

2. Cabe resolver si al Estado le incumbe alguna responsabilidad con fundamento en una culpa por omisión, consistente en la falta de pavimento en las carreteras, para evitar las enceguecedoras columnas de polvo, provocadas por el tránsito de los vehículos.

Este problema atañe a los llamados actos discrecionales de la Administración, la cual, según las circunstancias, las necesidades, la situación económica, el estado de la Hacienda Pública, decide qué obras deben ejecutarse; la forma, el modo, el tiempo y demás requisitos, condiciones o cualidades que deben llenar o cumplir en su acabado y ejecución, sin que sea posible trazarle normas fijas y obligatorias en la realización de tales actos u operaciones; por tanto, si existe una carretera sin pavimento, quien transite por ella corre con las contingencias que puedan emanar de tal estado, cuanto más que éstas son naturalmente previsibles; y sus resultados desgraciados o adversos, pueden evitarse con la natural prudencia y pericia del conductor.

La Rama Ejecutiva, de acuerdo con el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional, puede "celebrar contratos administrativos para la prestación de servicios o ejecución

de obras públicas, con arreglo de las leyes fiscales y con la obligación de dar cuenta al Congreso en sus sesiones ordinarias". Por consiguiente, sin la apropiación presupuestal adecuada y sin la ley que ordene la ejecución de determinada obra, la Administración no puede realizarla, por urgente y necesaria que se la suponga.

El artículo 76 de la Constitución Nacional dispone "corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

"....

"3ª Dictar las disposiciones para la formación del Presupuesto Nacional;

"4ª Fijar los planes y programas a que debe someterse el fomento de la economía nacional y los planes y programas de todas las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse".

En último análisis, la ejecución de obras públicas, como la pavimentación de carreteras, depende de la voluntad del Congreso, que no puede estar sujeto, por lo mismo, a tomar determinadas decisiones u ordenar la continuación o terminación de ciertas obras, bajo la conminación o sanción de comprometer la responsabilidad civil del Estado por omisión de un acto puramente discrecional, que no puede calificarse como un cuasi delito o culpa por omisión.

Sobre esta materia se expresa así el profesor Guido Zanobini, en la página 436 de su obra "Curso de Derecho Administrativo":

"d) No es admisible la responsabilidad de la Administración como regla, por la falta de construcción, reparación y manutención (mantenimiento, conservación) de los bienes públicos. Esto encuentra fundamento en el carácter discrecional que tiene siempre la actividad relativa a estos servicios y al cumplimiento mismo de los deberes, que en orden a tales servicios pueden incumbir a los entes públicos. Sin embargo, por lo menos la jurisprudencia más reciente considera admisible la responsabilidad por inobservancia de disposiciones taxativas y por la relativa a las precauciones, que la técnica sugiere para evitar que de las condiciones de las calles deriven daños a las personas".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, cuatro de septiembre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña).

En virtud del recurso de apelación interpuesto por el Fiscal, se procede a revisar la sentencia de fecha 14 de agosto de 1961, proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el juicio ordinario adelantado contra la Nación por el apoderado de Ligia Salom de Salzedo y de sus hijos menores de edad, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas en la sentencia definitiva:

I. Demanda. - "Primera. Que la Nación es responsable de los daños causados a mis mandantes por la muerte del señor Pedro Manuel Salzedo González, acaecida como consecuencia de un accidente automoviliario sufrido por él el día 1º de agosto de 1957.

"Segunda. Que la Nación debe pagar a la señora Ligia Salom de Salzedo, en su condición de cónyuge supérstite, y a sus seis menores hijos, Zaida Cecilia, Stella del Rosario, Pedro Ignacio, Ligia Josefina, Alfonso Antonio y Hernando de Jesús Salzedo Salom, a título de indemnización por los perjuicios materiales sufridos a causa de la muerte de Pedro Manuel Salzedo González, la suma de doscientos veintiún mil cuatrocientos noventa pesos ($ 221.490.00), cantidad que deberá quedar distribuída así:

Para la cónyuge sobreviviente, señora Ligia Salom de Salzedo, cuarenta y cuatro mil doscientos noventa y ocho pesos ....$	44.298.00
Para sus seis (6) menores hijos, ciento setenta y siete mil ciento noventa y dos pesos	177.192.00
$	221.490.00

"Tercera. Que la Nación debe pagar a la señora Ligia Salom de Salzedo y a sus menores hijos, Zaida Cecilia, Stella del Rosario, Pedro Ignacio, Ligia Josefina, Alfonso Antonio y Hernando de Jesús Salzedo Salom, en reparación de los perjuicios morales sufridos a causa de la muerte de Pedro Manuel Salzedo González, la suma de dos mil pesos a cada uno de ellos, o sea la cantidad total de catorce mil pesos ($ 14.000) moneda corriente.

"Cuarta. Que la Nación debe pagar a mis mandantes intereses legales sobre las sumas a que se refieren las súplicas anteriores, desde la fecha de ejecutoria de la sentencia en que el pago se ordene, hasta el día en que ésta se efectúe" (fs. 53 y 53 vto., C. No. 1º).

Los seis primeros hechos dicen esto:

"1º El señor Pedro Manuel Salzedo González (q.e.p.d.) y mi mandante, señora Ligia Salom de Salzedo, vivían unidos de matrimonio católico contraído en la ciudad de Sincelejo, el día 8 de diciembre de 1943, unión de la cual hubo seis (6) hijos, todos ellos actualmente menores de edad, a saber: Zaida Cecilia, Stella del Rosario, Pedro Ignacio, Ligia Josefina, Alfonso Antonio y Hernando de Jesús Salzedo Salom.

"2º En un puente de la carretera troncal de occidente —sector comprendido entre Corozal y Sincelejo— llamado 'Puente de la Muerte', de propiedad de la Nación y a su cuidado, situado entre Sincelejo y el lugar denominado 'Pozo del Chorro', a una distancia de 2.500 metros, aproximadamente, del retén de Sincelejo, frente a una finca rural conocida con el nombre de 'San Miguel', se accidentó en forma grave el día primero de agosto de 1957 un automóvil marca Buick, modelo 1953, conducido por el señor Henrique Hanabergh, a bordo del cual viajaban, a más del conductor, el señor Pedro Manuel Salzedo González, su esposa, Ligia Salom de Salzedo, la señora Betty Suárez de Hanabergh y los menores Henrique Hanabergh Jr. y William Salom.

"3º Consistió el accidente en el volcamiento del vehículo sobre uno de los lados del puente, precipitándose al fondo de un barranco de tres metros con veinte centímetros (3.20) de altitud.

"4º Fue causa del accidente el estado peligrosamente defectuoso del puente en referencia, pues dicha obra tiene en su parte transitable una anchura de sólo 4.70 metros, en tanto que el resto de la carretera, en el mismo sector, tiene una latitud de 9.80 metros, de suerte que la vía queda allí angostada o reducida, con grave riesgo para el tránsito de automotores, en 5.10 metros. El puente está situado exactamente en una curva y carece de señales que indiquen su proximidad. Carece, además, de barandajes, muros o cualesquiera otras obras destinadas a evitar los consiguientes peligros a que se exponen los vehículos a (sic) motor a su paso por el mencionado puente. La carretera no tiene en ese sector pavimento asfáltico, razón por la cual el paso de los vehículos levanta columnas de polvo que dificultan la maniobra de los conductores y los priva de la indispensable visibilidad. La superficie de la vía no es plana y regular, sino que está cubierta de pequeñas prominencias conocidas comúnmente con el nombre de 'escalerillas', que afectan la marcha y la normal dirección de los vehículos. Se trata de un puente de vieja construcción que data de la época en que fue construída la carretera antigua. Por eso su latitud o anchura es inferior a la de la carretera actual.

"5º Del accidente resultó mortalmente herido el señor Pedro Manuel Salzedo González, quien sufrió, entre otras lesiones, la fractura de algunas vértebras con sección de la medula.

"6º Salzedo González fue inicialmente atendido por los médicos del Hospital San Francisco de Asís, de Sincelejo, y posteriormente internado en la Clínica Colombia, de Barranquilla, establecimiento en el cual falleció el día 7 de agosto de 1957, a consecuencia de las lesiones sufridas en el accidente" (fs. 53 vto. a 54 vto. ib.).

En el 7º se afirma que Salzedo González tenía su domicilio en Barranquilla, en donde ejercía la profesión de agente de seguros; en el 8º se hace referencia a las comisiones percibidas en los últimos cinco años, que asciendan a $ 111.595.02, con un promedio anual de $ 22.319; el 9º dice que Salzedo González, en la congrua alimentación de la familia, invertía no menos de $ 1.500.00 por mes; en el 10, que tenía 43 años al momento del fallecimiento; y que, por tanto, mediante la aplicación de los cálculos estadísticos, en el hecho 11, se afirma que podía vivir 23.35 años más; con fundamento en esta posibilidad, calcula los daños sufridos por los actores en la cantidad de $ 414.000.00, en el hecho 12, cuantía que, en el 13, reduce a la suma de $ 221.490.00, mediante la deducción de los intereses por el pago global y anticipado del monto de la indemnización.

Después de mencionar la inspección ocular pedida extra juicio, el apoderado de la parte actora enumera los documentos acompañados a la demanda, con el objeto de establecer el estado civil de los demandantes y la causa de la defunción del finado; asimismo, alude a las cinco copias de la declaración de renta y al informe o parte policivo sobre el accidente de tránsito materia de este proceso.

Para fundar en derecho sus pretensiones, el apoderado citó los artículos 306, 674, 2356 y concordantes del Código Civil; artículos 13 de la Ley 45 de 1936, 80 de la Ley 53 de 1887.

Antes de dictarse el auto de admisión de la demanda, el apoderado la aclaró en el sentido de indicar que sus mandantes tenían su domicilio en Barranquilla, y que la cuantía de la acción instaurada la fijaba en la suma de $ 235.490.00.

El Fiscal 2º del Tribunal contestó la demanda en relación con los hechos, así: aceptó el primero, sobre el estado civil de los actores con funda-

mento en las partidas presentadas, como lo propio hizo respecto de la defunción de Salzedo González, y de su edad fijada en 43 años, en el 10; en cuanto a los demás, manifestó que no le constaban o que la parte demandante debía probarlos.

II. Sentencia de primera instancia. Agotada la tramitación de primera instancia, el Tribunal de Barranquilla falló el pleito en esta forma:

"1º Declárase civilmente responsable a la Nación del accidente automoviliario acaecido el día primero de agosto de mil novecientos cincuenta y siete, en la Carretera Troncal de Occidente, sector Corozal-Sincelejo, en el que recibió graves lesiones, que le produjeron la muerte al señor Pedro Manuel Salzedo González;

"2º Condénase a la Nación a pagar los perjuicios materiales sufridos por los demandantes, los que serán regulados mediante los trámites incidentales de que trata el artículo 553 del Código Judicial, teniendo en cuenta las bases sentadas en la parte motiva de este fallo;

"3º Condénase a la Nación a pagar a la señora Ligia Salom de Salzedo y a sus menores hijos, Zaida Cecilia, Stella del Rosario, Pedro Ignacio, Ligia Josefina, Alfonso Antonio y Hernando de Jesús Salzedo Salom, por concepto de perjuicios morales subjetivos, la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) *per capita*, o sea la suma total de catorce mil pesos ($ 14.000.00) moneda legal, dentro del término de seis días, contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia" (f. 133 ib.).

III. *Pruebas*. Se procede a hacer un sucinto examen de las pruebas presentadas, con el fin de establecer si existe culpa del Estado, que en este caso no sería por un hecho, sino por una omisión, para elucidar después hasta donde las omisiones comprometen la responsabilidad civil de aquél:

a) Inspección ocular extrajuicio. El Juez 1º del Circuito de Sincelejo, por comisión del Tribunal Superior, llevó a efecto una inspección ocular extrajuicio el día 26 de noviembre de 1957, en cuya acta se dejó testimonio respecto de los siguientes hechos o circunstancias, observados en el lugar del siniestro:

1º "Que a simple vista puede determinarse que efectivamente el puente reduce en forma considerable la anchura de la carretera Corozal-Sincelejo en ese sector, ya que las dimensiones de aquél son inferiores a las de ésta. Que es cierto que dicho puente queda a la salida, muy próximo, a la curva que en ese sector forma la mencionada carretera. Los anteriores hechos los constató igualmente el suscrito Juez, en asocio de su Secretario. Seguidamente se procedió a practicar las medidas tanto del puente como de la carretera, lo cual dio el siguiente resultado: A) El puente tiene una anchura o latitud, de extremo a extremo, de cinco metros con cincuenta centímetros (5.50 m.); pero la parte traficable (sic), según pudo constatarse, es de sólo cuatro metros con setenta centímetros (4.70 m.)" (fs. 10 vto. a 11 ib.).

La longitud o luz del puente es de 4.30 metros y el ancho de la carretera, "en el sector de la curva más próximo al puente", de 9.80 metros.

"El señor Juez, en asocio de los peritos y del suscrito Secretario, pudo constatar que el puente carece de toda obra de defensa que lo haga visible. Exhortados los peritos para que conceptuaran sobre este hecho, dijeron: que realmente el puente no tiene barandas, ni muros, ni ninguna otra señal que indique a los conductores de vehículos automotores su proximidad a la salida de la curva que queda inmediatamente antes de entrar y pasar por él. Es obvio que los conductores, por las razones dichas (falta de barandas, muros o señales) no pueden precisarlo, cuando vienen de Corozal hacia Sincelejo, porque él reduce considerablemente la anchura de la carretera. Además, la parte o sector de carretera construído sobre el mismo está en malas condiciones, porque tiene bastantes ondulaciones o 'escalerillas', lo que lo hace sumamente peligroso para el tráfico (sic) de vehículos automotores, puesto que, por tales circunstancias, a los conductores se les hace difícil el dominio del vehículo" (fs. 11 a 11 vto. ib.).

Luego se lee "... que el sector de la carretera próximo al puente, viniendo de Corozal hacia Sincelejo, no tiene pavimento asfáltico, y sí tiene muchas ondulaciones o escalerillas".

Como una consecuencia de la falta de pavimento, el acta agrega: "Para comprobar el hecho a que se refiere el punto 5º del despacho, o sea la polvareda que levantan los vehículos al pasar por ese sector de la carretera y por sobre el puente, se ordenó a los automotores que por allí trafican (sic) que hicieran el recorrido por el lugar a la velocidad normal. Hecho lo cual, pudo observarse y constatarse que efectivamente al pasar por allí, dejan tras de sí una inmensa polvareda que hace totalmente invisible, tanto el tramo de carretera como el puente" (f. 11 vto. ib.).

Debe anotarse que esta inspección ocular se practicó según lo previsto en el artículo 731 del

Código Judicial, "para hacer constar en lo futuro hechos o circunstancias que le interesen respecto de los cuales el transcurso del tiempo haga difícil su esclarecimiento"; sin embargo, los testigos actuarios nombrados al efecto, dentro de la diligencia, asumieron el carácter de peritos para emitir conceptos como el siguiente: "Es más, precisamente podemos afirmar que el puente se halla también sobre la curva, porque ésta precisamente termina allí sobre él; claro que con menos pronunciamiento. *Pero es en toda forma peligroso dicho puente,* ya que no existe ninguna señal, en todo el sector, que indique su proximidad ni el peligro que representa " (f. 12, C. No. 1º).

Respecto de este aparte debe observarse que, en cuanto tienen de dictamen, las apreciaciones se salen de la órbita propia de los testigos, llamados a dar cuenta de hechos, para entrar en la de los peritos, cuyos conceptos deben llenar ciertos requisitos, de fondo y de forma, para que sea posible estimar su valor probatorio en la sentencia. En cuanto a los primeros, los conceptos sobre peligrosidad debían fundarse en razones de carácter técnico, como el radio de la curva, la visibilidad, peralte de la carretera, etc.; y en lo concerniente a los de forma, además de notificar al Fiscal, personalmente, del auto que señaló fecha para la diligencia, cumplir en la debida oportunidad con el deber de poner en conocimiento de las partes el dictamen pericial.

Se anota, además, en la diligencia que dos vehículos no pueden cruzar el puente en forma simultánea y en direcciones opuestas.

b) Inspección ocular practicada en el juicio. En primera instancia, el 27 de noviembre de 1958 se practicó otra inspección ocular, con la intervención de peritos, por el Juez 1º Civil del Circuito de Sincelejo, comisionado por el Tribunal, con el siguiente resultado:

"En el sector antes descrito, entre Sincelejo y Corozal, se encuentra un puente de concreto en ese sector, de notable angostura en comparación con el ancho de la carretera, que una vez medido por los peritos tiene una anchura de sólo cuatro metros con veinticinco centímetros (4.25 m.) aprovechable para el tránsito de vehículos, en comparación con el ancho de la carretera, que a diez metros de distancia de dicho puente tiene una anchura de nueve metros con sesenta centímetros (9.60 m.). y que a cincuenta y cinco (55) metros del mismo puente, del lado de Corozal, mide de ancho nueve metros con noventa centímetros (9.90 m.); dejando en esta forma angostada o reducida la vía al llegar al puente, con grave riesgo para el tránsito de automotores. El puente a que se viene haciendo referencia queda en la terminación de una curva, bastante pronunciada; carece de barandas o muros de ninguna clase; no se observó señal alguna que indique el peligro que existe para el tránsito de los vehículos en ese lugar. El tramo de la carretera en donde está contruído el puente carece de pavimento, lo cual origina nubes de polvo al paso de los vehículos, que privan a los conductores de visibilidad, agregando a esto las ondulaciones en el piso de la carretera, conocidas comúnmente con el nombre de 'escalerillas', que dificultan la marcha normal de los vehículos. Se continuó la medida del puente así: de altitud sobre el lecho del arroyo tiene una medida de tres (3) metros; un largo de cuatro (4) metros, y la latitud o anchura del puente, medida desde sus bordes exteriores, tiene seis (6) metros, de los cuales sólo cuatro metros con veinticinco centímetros (4.25) son aprovechables para el tránsito; es un puente de vieja construcción, de notable desproporción con la actual carretera" (f. 21 vto., C. No. 2º).

Según esto, el llamado puente resulta más ancho que largo, porque tiene seis metros por cuatro de luz; y si se observan las fotografías tomadas en la diligencia, en especial la de folio 10, se trata de una alcantarilla y no de un puente sobre un río o quebrada.

Sobre la antigüedad del puente, como respecto del posible estado de la carretera el día 1º de agosto de 1957, puede deducirse de la certificación del Ingeniero Interventor de la Carretera Troncal de Occidente, en el cual se lee:

"1º Que con fecha 13 de abril de 1957 la Nación recibió de la firma constructora el sector de la Carretera Troncal de Occidente, comprendido entre Barranquilla-Tarazá, y asumió la conservación y cuidado de dicho tramo de carretera;

"2º Que en el sector Barranquilla-Tarazá, recibido por la Nación, está comprendido el tramo de carretera que conduce de Corozal a Sincelejo" (f. 60 ib.).

Por lo tanto, la Nación recibió este tramo de la carretera de los contratistas constructores, solamente tres meses y medio antes del accidente, pues así lo expresan los apartes copiados del certificado.

c) Inspección ocular sobre otra diligencia similar. Existe otra original e inoperante inspección ocular, no sobre la cosa litigiosa, sino sobre el acta y las fotografías de la que se efectuó antes del juicio, con el objeto de que los peritos emitieran concepto sobre estos puntos, en sínte-

sis: a) existencia del puente de concreto en la Carretera Troncal de Occidente, ubicado a 2.500 metros del retén de Sincelejo; b) condiciones del dicho puente en cuanto a dimensiones; si tiene o no barandillas de seguridad; si tiene o no señales de tránsito; si está asfaltado el sector de la carretera, etc.; c) si el puente es peligroso o no "a juzgar por las condiciones en que aparece en el acta de la inspección ocular de 26 de noviembre y el material fotográfico que la ilustra...".

Estas cuestiones las absolvieron los peritos en forma favorable a las intenciones de la parte actora, pero con referencia a lo expuesto en el acta de inspección ocular practicada antes del juicio, sin añadir ningún dato técnico u otras razones o motivos que le dieran una debida fundamentación a su peritación; en consecuencia, su exposición no tiene más valor del que puede atribuírse a la diligencia a la cual se refieren, cuyos conceptos repiten, o hacen deducciones, no del examen directo del puente y carretera, sino de algo perfectamente distinto, como puede verse en estos párrafos: "A juzgar por el acta y las fotografías que la ilustran, es muy malo el estado del puente y del sector de carretera próximo a él. Por tales fotografías, claramente puede verse la apreciable reducción que sufre en el puente el ancho de la vía; la imposibilidad de que crucen el puente, sin peligro, dos vehículos al mismo tiempo (fotos 1 y 9); las densas columnas de polvo que dejan a su paso los vehículos a causa de la falta de pavimento, inconveniente al cual es preciso atribuír grande importancia, pues a causa de él los conductores pierden la visibilidad y se exponen a su paso por el defectuoso puente en cuestión, a un serio e innegable riesgo de volcamiento. ... Al punto 3). Deducimos del examen del acta de la inspección ocular practicada extrajuicio por el señor Juez Primero Civil del Circuito de Sincelejo, con fecha 26 de noviembre de 1957, que el puente que fue objeto de inspección y que motiva el presente dictamen, ofrece gravísimos peligros para el tránsito de vehículos a (sic) motor, provenientes de manera especial de la apreciable diferencia que existe entre el ancho de la carretera y el ancho del puente, y a la falta de muros de contención, capaces de evitar el volcamiento de vehículos" (fs. 50 a 50 vto., C. No. 2º).

d) Testimonios. El principal protagonista del accidente, el conductor Enrique Hanabergh, se expresa así sobre este preciso punto: "... En el trayecto entre Corozal y Sincelejo hay un sitio que se llama 'Pozo del Chorro'; en una curva antes de llegar a Sincelejo nos enfrentamos a un vehículo, al cual le dimos paso, dejando una estela de polvo; inesperadamente nos encontramos con un puente sin avisos, sin barandas y nada que señale carretera en construcción o en arreglo, siendo este puente más angosto que la misma carretera, las ruedas delanteras, derechas del carro encontraron vacío y, por consiguiente, se fue al fondo de la cuneta" (fl. 36 vto. ib.).

Debe tenerse en cuenta que, en la fecha del accidente, el 1º de agosto de 1957, no había ninguna clase de trabajos en el dicho sector; y, por el contrario, consta que la compañía constructora había entregado la carretera el 13 de abril de 1957, o sea tres meses y medio antes del accidente, como ya se dijo.

También debe anotarse que si bien la carretera disminuye de anchura, esto sucede diez metros antes de llegar al puente, según la inspección ocular de 27 de noviembre de 1958, en la cual se dice que "tiene una anchura de sólo cuatro metros con veinticinco centímetros (4.25 m.) aprovechables para el tránsito de vehículos, en comparación con el ancho de la carretera que *a diez metros de distancia de dicho puente tiene una anchura de nueve metros con sesenta centímetros*" (f. 21 vto. ib.). (Subraya la Sala).

Más adelante, el mismo testigo, contestó así el contrainterrogatorio del Fiscal: "Diga el repreguntado, según su concepto, ¿cuál fue la causa del accidente? Yo considero la causa del accidente la falta de prevención y precaución que han debido tomar los constructores o personas responsables en la construcción de esa troncal en esa carretera, la carencia absoluta de avisos indicando carretera en construcción, la falta de barandas en un puente, la construcción de carreteras más amplias que el mismo puente, dejando estrechez en el camino sumamente peligroso para el tránsito, el polvo dejado por los vehículos por el tránsito, sobre todo de camiones y vehículos pesados que reducen la visibilidad notablemente para los vehículos que vienen en vía contraria, a penas (sic) de que este hecho ocurrió a las diez de la mañana, más o menos. Diga el repreguntado, ¿qué efectos le produjo la estela de polvo que dejó el vehículo al cual usted le dio paso, antes de ocurrir el accidente? El efecto que me produjo la estela de polvo fue la reducción instantánea en la marcha de mi automóvil. De acuerdo con el ancho de la carretera, yo continué mi marcha normal, siendo sorprendido ya en el puente con la falta de control del vehículo, es decir, el vehículo ya se estaba precipitando al fondo de la cuneta sin haber podido prevenirlo por encontrarse el puente en pésimas

condiciones, es decir, principalmente más angosto que la carretera'' (fs. 36 vto. a 37 ib.).

Otra declaración importante es la de Betty Suárez de Hanabergh, quien refiere el accidente en estos términos: ''... El puente donde se sufrió el accidente se encuentra situado en una curva, es más angosto que la carretera, carece de barandas y señales, en ese sitio como que han ocurrido varios accidentes. Mi marido fue sometido a tratamiento médico, y yo también estuve internada en una clínica, la del Caribe. El accidente se debió a la falta de previsión, pues el hueco donde se fue el vehículo queda, puede decirse, en la misma carretera, estaba tapado por un montecito, pasa uno por desapercibido (sic), pues encontrándose el puente sin barandas ni avisos que indiquen el peligro, el viajero desprevenido indefectiblemente se va al precipicio, porque como lo he dicho, la carretera es más ancha que el puente. Presente el señor Fiscal Segundo del Tribunal, previo el permiso del señor Magistrado, repreguntó a la testigo así: Diga la declarante, ¿a qué velocidad venía el vehículo en que viajaba, y diga cómo iban colocadas las personas que viajaban en el automóvil? Contestó: Veníamos a una velocidad de treinta y cinco kilómetros, más o menos, pero en el momento del accidente recuerdo que mi marido le dio pase al otro vehículo y luego que arrancó el carro nos fuimos dentro del hoyo'' (fs. 37 vto. a 38, C. No. 2º).

e) Informe policivo. Se trajo también al expediente copia del informe rendido por el Sargento de Transportes y Tránsito, en el cual, hecha la descripción del puente angosto, la falta de barandillas, la curva ''bastante aguda'', sin señales, etc., dice: ''El automóvil conducido por el señor Henrique Hanabergh, quien según informes viajaba en ese tramo detrás de otro vehículo a su derecha, según rastros dejados momentos (sic) del accidente, se ve bien claro que como la curva en su comienzo es ancha y por ser el conductor la primera vez que viaja por la carretera, es de suponer que la curva era igual como a su comienzo y también el vehículo que viaja delante levantaba polvo por lo que no pudo ver el defecto de la curva ni el angosto puente que estaba al final de la curva por no haber señales que indique puente, lo que dio motivo al volcamiento'' (fs. 17 a 17 vto. ib.).

f) Croquis del lugar del accidente. Este mismo funcionario, juntamente con el informe, adjuntó un croquis del lugar en donde ocurrió el accidente (f. 51, C. No. 1º), en el que se aprecia en forma clara que el automóvil, siete metros y medio antes del puente, siguió una ruta en línea recta, para precipitarse en la cuneta, precisamente, al comenzar el puente, no obstante que no existe obstáculo alguno, dada la topografía del terreno, que impida, en circunstancias normales, una perfecta visibilidad de la carretera, mucho antes de llegar a la curva, según puede apreciarse en la fotografía de folio 10 del cuaderno número 2º, en la cual se ve que el camión que sale del ''Pozo del Chorro'' queda en el campo visual del fotógrafo, situado en el lado opuesto del puente; por consiguiente, la única explicación posible es la de que el conductor del vehículo accidentado lo condujo enceguecido por la nube de polvo levantada por el vehículo que iba adelante, como la dejada por el que pasó en sentido contrario; y, en semejantes condiciones, ni señales de peligro ni barandillas en el puente, hubiesen sido suficientes para evitar el siniestro, consumado por la evidentísima imprudencia del conductor, que no detuvo la marcha del coche mientras mejoraba la visibilidad de la vía, mediante la total disipación de la columna de polvo.

Como complemento del anterior informe, se adjuntó copia del auto por medio del cual el Juez permanente de Transportes y Tránsito resolvió, posiblemente el mismo día del siniestro, ''declarar no responsable del accidente al conductor del automóvil número K-01624 de Colombia, o sea el señor Henrique Hanabergh''; sin embargo, tal funcionario no tenía competencia para fallar ni en cuanto a la culpa penal ni respecto de la civil, imputable al conductor del vehículo accidentado.

El Sargento Alfredo Urruchurtu, en declaración jurada recibida en primera instancia, se ratifica en lo expuesto en el informe (f. 26, C. No. 2º); afirma que llegó ''al punto del accidente, que fue precisamente en el 'Puente de la Muerte', minutos después de haber ocurrido, habiéndome tocado ayudar a sacar a las personas que allí viajaban...''; alude a otros siniestros ocurridos en el mismo lugar, pero sin citar ninguno en concreto, y, en fin, repite lo dicho sobre la falta de señales, de pavimento, el mal estado del puente, etc.

Juan Troncoso, Inspector de Transportes y Tránsito en la fecha del siniestro, según su propio decir, declara con referencia al informe del Sargento Urruchurtu; de manera que su dicho no tiene valor propio.

Los testimonios de Manuel del C. Torres, Marco Vergara O., Rafael Alcocer y otros aluden al accidente de tránsito, no porque hubieran sido testigos del hecho, sino que se informaron posteriormente o por haber concurrido al lugar de

los sucesos, o porque atendieron a las personas accidentadas en el hospital o en la clínica; además, algunos emiten concepto o dan su opinión sobre el estado de la vía o sobre la peligrosidad del puente, etc., materias completamente ajenas a la prueba testimonial.

IV. *Consideraciones de la Sala.* Estudiadas las pruebas básicas de la parte actora, los hechos probados pueden resumirse en los siguientes puntos:

1º La parte actora, mediante la presentación de los certificados sobre estado civil, relacionado con el matrimonio, nacimiento y defunción, ha demostrado su interés para proponer esta acción de responsabilidad civil contra el Estado.

2º También se ha demostrado que el 1º de agosto de 1957, a las 10 a. m., en un puente situado a 2.500 metros del retén de Sincelejo se accidentó un automóvil conducido por Enrique Hanabergh, del cual resultó con graves lesiones Pedro Manuel Salzedo González, fallecido el siete del mismo mes y año como consecuencia de aquéllas.

3º El sector de la carretera de Corozal a Sincelejo, en el lugar de los acontecimientos, no tiene pavimento de asfalto, por lo cual se levantan nubes de polvo que privan o dificultan la visión de los conductores de vehículos automotores;

4º Según la inspección ocular de fecha 27 de noviembre de 1958 (f. 21 vto., C. No. 2º), la carretera, diez metros antes del puente, tiene una anchura de 9.60 metros; éste mide 4 metros de largo, por 6 de ancho, que en la parte transitable se reducen a 4.25 metros, por 3 metros de altitud.

5º La Nación recibió el dicho tramo de la carretera de la compañía constructora, el 13 de abril del mismo año de 1957, es decir, tres meses y medio antes de la fecha del siniestro (f. 60, C. No. 2º).

Supuestos estos hechos, se plantean estas dos cuestiones: a) ¿se ha probado la peligrosidad de la carretera y del puente, en donde ocurrió el siniestro? b) dada la discrecionalidad de que goza la Administración, ¿hasta dónde puede hacerse responsable al Estado de ciertas omisiones, por ejemplo, la falta de pavimentación de concreto o de asfalto en una carretera?

1º Concepto técnico. El predicar la peligrosidad de la carretera y del puente, en el lugar de accidente, constituye un juicio o un concepto, que debe establecerse en el proceso mediante la presentación de una prueba adecuada a la naturaleza del extremo cuestionado; y es así como el elemento de peligrosidad no puede ser meramente subjetivo, según la opinión del testigo, sino que deben probarse determinados elementos objetivos de los cuales, en virtud de principios técnicos, pueda atribuírse aquella modalidad a la carretera y al puente.

En este orden de ideas, si se trata de probar la peligrosidad de una curva en una carretera o de un puente, debe ocurrirse, no a la prueba testimonial, sino a la pericial, para que los expertos establezcan la falta de determinados requisitos técnicos que haga peligroso el tránsito; y al efecto, en la inspección ocular de 27 de noviembre de 1958 (f. 21, C. No. 2º), los peritos afirmaron la peligrosidad de las dichas obras, pero no fundamentaron su concepto en ninguna razón técnica, por ejemplo, en la falta o equivocado peralte de la curva, en función con su radio, la visibilidad tangencial y la topografía del lugar, etc.; por el contrario, según se dijo antes, con el solo examen de la fotografía de folio 10 del cuaderno número 2º, tomada en la inspección ocular y autenticada por el Juez, se observa que la curva de la carretera y el puente, por lo despejado de la topografía, son visibles desde una distancia suficiente para que los conductores se percaten de su existencia y demás condiciones, en circunstancias normales.

Que el puente tenga seis metros de ancho, de los cuales, según la diligencia de inspección ocular, cuatro metros con 25 centímetros estén destinados al tránsito de los vehículos; y que la carretera, diez metros antes del puente, tenga 9.80 de ancho, son condiciones o circunstancias que no demuestran por sí mismas su peligrosidad; o cuando menos, el juzgador no puede dar probado tal extremo, sin la presentación de la prueba idónea, que hubiese demostrado la necesaria relación de peligrosidad entre las dimensiones anotadas en función con el servicio al cual estaban destinados puente y carretera.

Por otra parte, los errores técnicos en la construcción del puente y del sector de la carretera deben descartarse, porque fueron recibidos por expertos en la materia, especialmente comisionados por el Ministerio de Obras Públicas, según el siguiente numeral del certificado del Ingeniero Interventor:

"3º Que el día 13 de abril de 1957, fue firmada el acta de entrega a la Nación de la Carretera Troncal de Occidente, sector Barranquilla-Tarazá, documentos que firman Clodomiro Martínez y Guillermo Charry Lara, en representación del Gobierno Nacional, comisionados especialmente por el Ministerio de Obras Públicas; Alfonso

Mantilla y E. G. Libert, a nombre de la compañía constructora, y Miguel Angel Muñetones, en su calidad de Interventor de la obra'' (f. 60, C. No. 2º).

Para desechar esta certificación no basta, sin incurrir en una petición de principio, suponer que los ingenieros encargados por el Ministerio de Obras Públicas recibieron las obras, para darlas ''al servicio en condiciones que negligentemente encontraron satisfactorias sin serlo'', según el decir del actor; porque al concepto de los expertos oficiales debía oponerse, no una escueta negación, sino la demostración plena de las deficiencias técnicas que hacían *per se* peligroso el tránsito de los automotores por aquel sector de la vía.

Si no se ha probado la peligrosidad de la carretera y del puente, como consecuencia de errores técnicos, y si, además aparece que el lugar en donde ocurrió el siniestro corresponde a una carretera entregada tres meses y medio antes, el desgraciado suceso no puede atribuírse sino a la imprudencia del conductor del vehículo, quien continuó la marcha no obstante la falta de visibilidad por la nube de polvo levantada por el tránsito de los otros automóviles, según se anotó antes.

2º Actos discrecionales. Si lo anterior no puede remitirse a duda, dadas las pruebas, los hechos y los indicios examinados, cabe resolver si al Estado le incumbe alguna responsabilidad con fundamento en una culpa por omisión, consistente en la falta de pavimento en las carreteras, para evitar las enceguecedoras columnas de polvo provocadas por el tránsito de los vehículos.

Este problema atañe a los llamados actos discrecionales de la Administración, la cual, según las circunstancias, las necesidades, la situación económica, el estado de la Hacienda Pública, decide qué obras deben ejecutarse; la forma, el modo, el tiempo y demás requisitos, condiciones o cualidades que deben llenar o cumplir en su acabado y ejecución, sin que sea posible trazarle normas fijas y obligatorias en la realización de tales actos u operaciones; por tanto, si existe una carretera sin pavimento, quien transite por ella corre con las contingencias que puedan emanar de tal estado, cuanto más que éstas son naturalmente previsibles; y sus resultados desgraciados o adversos, pueden evitarse con la natural prudencia y pericia del conductor.

La Rama Ejecutiva, de acuerdo con el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional, puede ''celebrar contratos administrativos para la prestación de servicios o ejecución de obras públicas, con arreglo de las leyes fiscales y con la obligación de dar cuenta al Congreso en sus sesiones ordinarias''. Por consiguiente, sin la apropiación presupuestal adecuada y sin la ley que ordene la ejecución de determinada obra, la Administración no puede realizarla, por urgente y necesaria que se la suponga.

El artículo 76 de la Constitución Nacional dispone ''corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

. . . . . .

''3ª Dictar las disposiciones para la formación del Presupuesto Nacional;

''4ª Fijar los planes y programas a que debe someterse el fomento de la economía nacional, y los planes y programas de todas las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse''.

En último análisis, la ejecución de obras públicas, como la pavimentación de carreteras, depende de la voluntad del Congreso, que no puede estar sujeto, por lo mismo, a tomar determinadas decisiones u ordenar la continuación o terminación de ciertas obras, bajo la conminación o sanción de comprometer la responsabilidad civil del Estado por omisión de un acto puramente discrecional, que no puede calificarse como un cuasi delito o culpa por omisión.

Sobre esta materia se expresa así el profesor Guido Zanobini, en la página 436 de su obra ''Curso de Derecho Administrativo'': ''d) No es admisible la responsabilidad de la Administración como regla, por la falta de construcción, reparación y manutención (mantenimiento, conservación) de los bienes públicos. Esto encuentra fundamento en el carácter discrecional que tiene siempre la actividad relativa a estos servicios y al cumplimiento mismo de los deberes, que en orden a tales servicios pueden incumbir a los entes públicos. Sin embargo, por lo menos la jurisprudencia más reciente, considera admisible la responsabilidad por inobservancia de disposiciones taxativas y por la relativa a las precauciones, que la técnica sugiere para evitar que de las condiciones de las calles deriven daños a las personas''.

El actor invocó en forma expresa el artículo 2356 del Código Civil, pero resulta del todo inaplicable, porque los supuestos de hecho son totalmente distintos, porque en el inciso primero se lee: ''Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia, negligencia, de otra persona, debe ser reparado por ésta''; y según lo expuesto, no puede atribuírse malicia ni negligencia al Estado por la falta de pavimentación

de la carretera, acto esencialmente discrecional de la Administración, que descarta, por lo tanto, la aplicación del numeral 3º del artículo citado; por el contrario, el siniestro se consumó o fue posible por la imprevisión o temeridad del conductor, que no detuvo la marcha del vehículo, en cuanto el polvo le impidió ver en forma adecuada la carretera, con tanta más razón cuanto no la conocía por ser la primera vez que transitaba por ella; y, en fin, el citado artículo 2356 del Código Civil exige la demostración, por parte del actor, de la circunstancia nociva o que causó el daño, en este caso, en sentir de aquél, la peligrosidad de la carretera y del puente; sin embargo, este extremo no se estableció mediante un elemento probatorio conducente, porque, aun cuando diez o más testigos depongan sobre la dicha peligrosidad, no puede darse como probado, pues no hacen sino emitir su opinión personal, pero no la realidad objetiva que presupone la demostración técnica de ciertos elementos para romper el círculo vicioso de la prueba testimonial: es peligroso porque se han accidentado varios vehículos; y han ocurrido estos accidentes porque es peligroso.

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la sentencia de fecha 14 de agosto de 1961, del Tribunal de Barranquilla; en consecuencia, absuelve al Estado de las condenas suplicadas en la demanda de fecha 7 de junio de 1958 por el apoderado de Ligia Salom de Salzedo y de sus hijos menores de edad, Zaida Cecilia, Stella del Rosario, Pedro Ignacio, Ligia Josefina, Alfonso Antonio y Hernando de Jesús Salzedo Salom.

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

Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García M., Secretario.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL DE LA NACION

Responsabilidad directa y responsabilidad indirecta. Circunstancias en que no es indispensable determinar cuál fue concretamente el funcionario que incurrió en negligencia, y circunstancias en que sí es preciso demostrarlo.

El Estado, ente moral que necesariamente actúa a través de personas naturales, es responsable de los daños que por culpa causen sus funcionarios al desempeñar cometidos oficiales. Como ha puesto de manifiesto últimamente la Corte, en tales casos no cabe hablar de una responsabilidad indirecta, sino directa, y el artículo del Código Civil aplicable no es el 2347 o el 2349 sino el 2341, que no hace distinción entre personas naturales o jurídicas. Aunque en ciertos casos, en que las circunstancias revelan un incorrecto funcionamiento del servicio público, puede no ser indispensable precisar el determinado funcionario a cuyo negligente o incorrecto obrar se debió el daño, es obvio que cuando no se dan esas circunstancias, debe acreditarse plenamente que el autor del perjuicio es realmente un funcionario del Estado y que actuaba en ejercicio de funciones oficiales. En el caso sub judice indudablemente no se está en presencia de uno de esos casos, por lo que precisa obtener la plena prueba de que el chofer del bus de la Fuerza Aérea Colombiana que chocó contra el automóvil del demandante, era un funcionario público y desempeñaba una función oficial. Ahora bien, como anota el Tribunal y el señor Procurador Primero Delegado en lo Civil, no aparece plenamente establecido que el señor Jaime Reyna, que conducía el aludido automotor, era funcionario de la Nación. El vehículo sí era de propiedad nacional, pero de esto sólo no puede concluírse la calidad de funcionario de Reyna, como tampoco que actuaba en desempeño de un cometido oficial. No todos los actos de los funcionarios públicos pueden comprometer al Estado, pues los hay que por sus modalidades especiales son exclusivamente personales, sin que pueda afirmarse que respecto a ellos actúa el ente público al que se encuentran vinculados.

Si, pues, el chofer Reyna no era funcionario de la Nación, a lo menos procesalmente hablando, no puede aceptarse que ésta actuó a través de él, y que deba, por tanto, responder de los posibles perjuicios que recibió el demandante.

Conviene destacar que en Colombia, a diferencia de lo que acontece en Francia, sólo en determinadas hipótesis especialmente previstas en la ley, hay responsabilidad por el simple hecho de las cosas, y que en el presente juicio no se está en presencia de una de ellas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, once de septiembre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau).

El apoderado que constituyó Olegario Ardila, de este vecindario, en demanda presentada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, pidió que se hicieran contra la Nación los siguientes pronunciamientos:

"1. Que la Nación es civilmente responsable y debe pagar al demandante, señor Olegario Ardila, seis (6) días después de ejecutoriada la sentencia que ponga fin al juicio, la suma de cuatro mil seiscientos cuarenta y cinco pesos ($ 4.645.00) moneda corriente, por concepto de los perjuicios materiales sufridos por el demandante, y en su calidad de dueño del vehículo de servicio particular D. 28436 de Colombia, a consecuencia de los daños causados en el accidente

de circulación ocurrido el día primero de febrero de 1958 en la calle 23 con carrera 14 de esta ciudad de Bogotá, entre el bus de placas FAC-0-401 y el automóvil de placas D-28436 de Colombia, el primero de los vehículos de propiedad de la Nación y el segundo de propiedad de Olegario Ardila".

"2. Que se condene a la Nación al pago del lucro cesante sufrido por el demandante desde la fecha que se sucedió el referido accidente hasta cuando se verifique el pago, a razón de quinientos pesos ($ 500.00) moneda corriente, por mes, o la suma que se fije pericialmente dentro del juicio".

Para fundamentar tales peticiones enumeró los siguientes hechos:

"a) El día 1º de febrero de 1958 en la calle 23 con carrera 14 de esta ciudad, se sucedió un choque o colisión entre el bus de placas número FAC-0-401, perteneciente a la Nación (Ministerio de Guerra), conducido por el señor Jaime Reyna, y el automóvil particular de placas número D-28436 de Colombia, de propiedad del señor Olegario Ardila, conducido por éste".

"b) El automóvil con placas D-28436 de Colombia, se encontraba estacionado en el lugar ya indicado, carrera 14 con calle 23, ese día 1º de febrero de 1958, en dirección norte, por el carril izquierdo, cuando de repente fue estrellado el vehículo en la parte trasera por el bus de placas FAC-0401, conducido por Jaime Reyna, lanzándolo algunos metros hacia adelante".

"c) Como consecuencia del choque el automóvil de propiedad de Olegario Ardila sufrió los siguientes daños: asiento trasero, tanque de gasolina, eje trasero, luces traseras, transmisión, vidrio trasero, corona de transmisión y otros daños".

"d) El choque se debió a la impericia y descuido del chofer del bus, señor Jaime Reyna".

"e) La Inspección Segunda Distrital de Policía y Tránsito y Transportes halló como único culpable al señor Jaime Reyna, conductor del vehículo de propiedad de la Nación. La citada Inspección dictó la resolución, la cual se encuentra debidamente notificada y ejecutoriada, condenándolo al pago de $ 4.645.00 moneda corriente".

En cuanto a fundamentos de derecho dijo:

"En derecho se apoya esta demanda en el Título 34 del Libro IV del Código Civil, especialmente en los artículos 2341, 2347, 2349, 2356. Y en el Título XVIII, Capítulos I y II del Código de Procedimiento Civil. Además, en las disposiciones pertinentes y concordantes del Código Civil".

En sentencia de 11 de septiembre de 1961 el Tribunal puso fin a la primera instancia, absolviendo a la Nación de los cargos del libelo. Apelada por el demandante dicha providencia, vino el negocio a esta corporación, donde ha sufrido los trámites de ley, sin que el apoderado del demandante hubiera sustentado su recurso.

En su vista de fondo el señor Procurador Primero Delegado en lo Civil pide que se confirme la sentencia apelada, basado en las mismas consideraciones de que hizo mérito el Tribunal sobre la falta de prueba de que el chofer del bus de las Fuerzas Armadas que chocó contra el automóvil del demandante era funcionario oficial, por lo cual mal habría podido quedar vinculada la Nación a las consecuencias del accidente.

Para resolver se considera:

El Estado, ente moral que necesariamente actúa a través de personas naturales, es responsable de los daños que por culpa causen sus funcionarios al desempeñar cometidos oficiales. Como ha puesto de manifiesto últimamente la Corte, en tales casos no cabe hablar de una responsabilidad indirecta, sino directa y el artículo del Código Civil aplicable no es el 2347 o el 2349 sino el 2341, que no hace distinción entre personas naturales o jurídicas. Aunque en ciertos casos, en que las circunstancias revelan un incorrecto funcionamiento del servicio público, puede no ser indispensable precisar el determinado funcionario a cuyo negligente o incorrecto obrar se debió el daño, es obvio que cuando no se dan esas circunstancias, debe acreditarse plenamente que el autor del perjuicio es realmente un funcionario del Estado y que actuaba en ejercicio de funciones oficiales. En el caso *sub judice* indudablemente no se está en presencia de uno de esos casos, por lo que precisa obtener la plena prueba de que el chofer del bus de la Fuerza Aérea Colombiana que chocó contra el automóvil del demandante, era un funcionario público y desempeñaba una función oficial. Ahora bien, como anota el Tribunal y el señor Procurador Primero Delegado en lo Civil no aparece plenamente establecido que el señor Jaime Reyna, que conducía el aludido automotor, era funcionario de la Nación. El vehículo sí era de propiedad nacional, pero de esto sólo no puede concluírse la calidad de funcionario de Reyna, como tampoco que actuaba en desempeño de un cometido oficial. No todos los actos de los funcionarios públicos pueden comprometer al Estado, pues los hay que por sus modalidades especiales

son exclusivamente personales, sin que pueda afirmarse que respecto a ellos actúa el ente público al que se encuentran vinculados.

Si, pues, el chofer Reyna no era funcionario de la Nación, a lo menos procesalmente hablando, no puede aceptarse que ésta actuó a través de él, y que deba, por tanto, responder de los posibles perjuicios que recibió el demandante.

Conviene destacar que en Colombia, a diferencia de lo que acontece en Francia, sólo en determinadas hipótesis especialmente previstas en la ley, hay responsabilidad por el simple hecho de las cosas, y que en el presente juicio no se está en presencia de una de ellas.

En cuanto a la realización del hecho imputado al citado Jaime Reyna, debe anotarse, para mayor abundamiento, que la culpa de éste sólo resulta de las declaraciones que Agentes de la Circulación y algunos civiles rindieron en la investigación que llevó a cabo la autoridad policiva; pero dichas declaraciones no fueron ratificadas en el presente juicio, como habría sido de rigor, de conformidad con el artículo 693 del Código Judicial, si se tiene en cuenta que la Nación no fue parte en la aludida investigación. Esta última consideración es suficiente, por lo demás, para quitarle todo valor probatorio, en cuanto a responsabilidad atribuída al chofer Reyna, a la resolución de la Inspección de Tránsito, en que así se declaró.

En consecuencia, de todo lo dicho se impone confirmar la sentencia absolutoria apelada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Negocios Generales—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *resuelve:*

Confírmase la sentencia apelada.

Sin costas.

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

Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

DICTAMEN PERICIAL. OBJECIONES AL MISMO POR ERROR GRAVE

En qué consiste el error grave en el dictamen pericial. Examen del artículo 720 del Código Judicial. Aspectos del dictamen que no deben estudiarse ni resolverse al decidir el incidente de objeciones, sino sólo en la sentencia definitiva.

De conformidad con el artículo 720 del Código Judicial, las partes pueden objetar el dictamen por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción.

Lo que caracteriza el error grave, según doctrina de la Corte, es el hecho de que en el dictamen los peritos cambien los atributos o calidades naturales y propias del objeto examinado por otras que no tiene; o que tomen como objeto de su investigación una cosa distinta de la que debe ser materia de la correspondiente peritación; o, en fin, que tengan en consideración factores que no podían incluír en su dictamen o, al contrario, que dejen de tener en cuenta factores necesarios.

Mas el dictamen por error grave a que se refiere la norma precitada, no puede consistir en la simple presentación de conceptos tendientes a refutar las argumentaciones y conclusiones a que hayan llegado los peritos mediante un proceso intelectivo más o menos ajustado a las leyes del razonamiento, porque entonces el estudio y decisión de la tacha así planteada implicaría la valoración anticipada del mérito probatorio del dictamen dentro de un incidente de objeciones, cuestión aquella que al juzgador sólo compete examinar al tiempo de hacer el pronunciamiento de fondo.

Ha dicho la Sala en anteriores y reiteradas providencias, al fijar el contenido y alcance del referido artículo 720, que "si se aceptase en el incidente de tacha la discusión alrededor de las bases subjetivas que cada perito estime adecuadas para sacar sus deducciones, se prejuzgaría sobre el fondo mismo del dictamen, anticipándose fallo sobre aspectos propios de la sentencia definitiva, pues es en ésta donde se analiza el proceso intelectivo a que el experto acude para formular la conclusión que él juzga más acertada. Esto es lo que constituye la crítica del experticio, impropia de hacer en el incidente previsto en el artículo 720 del Código Judicial". (G. J., T. LXX, pág. 451).

Y también ya había dicho la Sala en otra ocasión: "es preciso no confundir dos cosas jurídicamente distintas: el error grave en un dictamen pericial y la deficiencia en la fundamentación del mismo. El error supone conceptos objetivamente equivocados y da lugar a que los peritos que erraron en materia grave sean reemplazados por otros. La deficiencia en la fundamentación del dictamen no implica necesariamente equivocación, pero da lugar a que dicho dictamen sea descalificado como plena prueba en el fallo, por falta de los requisitos necesarios". (G. J., T. XLVIII, pág. 516).

La conclusión a que llega el perito en el caso de autos, no se puede calificar en forma absoluta como gravemente errónea, prescindiendo de los fundamentos en que se apoya. Considera el experto que en este caso particular el mayor valor logrado por concepto de la ejecución del trabajo público, está afectado en igual proporción por la presencia de factores que han ocasionado la depreciación de los terrenos no ocupados por dicha vía. Acaso podría decirse que esa información pericial no está debidamente fundamentada o que es deficiente por falta de claridad al respecto, pero no que sea necesariamente equivocada. Mas la decisión sobre esta especial cuestión, es decir, sobre la apreciación del dictamen como prueba, bien sea para aceptarlo o desecharlo por estar o no debidamente fundamentado, es materia que sólo podrá ser objeto de

estudio por el fallador en la sentencia definitiva, pero no al resolver el incidente de objeciones.

De otra parte, cabe advertir que el objetante en el memorial de tacha se concreta a consignar su propio criterio para refutar el concepto y conclusiones del perito mencionado, limitándose a expresar que esa exposición peca contra la lógica, lo cual es impertinente aducir como único fundamento y comprobación del error grave, según principios jurisprudenciales antes expuestos.

Como ha dicho la Corte, "cuando la tacha de error grave se proyecta sobre el proceso intelectivo del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal (art. 720), y por lo mismo es imposible para el juzgador, que al considerarla, entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva".

De otra parte, el error grave que permite la objeción contra un dictamen pericial y determina al prosperar la tacha que los expertos sean cambiados por otros para que rindan nueva peritación, no hace relación al mérito intrínseco de la prueba misma, a su eficacia legal para los fines de la demanda o la defensa. Y lo que se pretende en el caso de autos, mediante simples alegaciones contra los fundamentos del dictamen, carentes de todo apoyo probatorio, es que se aprecie en una decisión incidental el mérito del dictamen, y por ese medio se decida, como lo anota el Tribunal de instancia, una cuestión que constituye el fondo del litigio, la razón de la demanda propuesta y de la oposición de las entidades demandadas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, septiembre diez y nueve de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luis Carlos Zambrano).

Por medio de apoderado judicial y en libelo de 15 de junio de 1960, el doctor Enrique Echeverri Isaza demandó ante el Tribunal Superior de Manizales al Departamento de Caldas y al Municipio de Salamina, a efecto de que por los trámites pertinentes se hicieran las siguientes condenas: "A pagar a mi patrocinado la suma de tres mil veintinueve pesos $ 3.029.00), valor de la faja de terreno que ocupa la carretera Salamina-La Merced, en finca de Echeverri Isaza; la suma de trece mil ciento trece pesos con cincuenta centavos ($ 13.113.50), valor de daños causados, y la suma de treinta mil pesos ($ 30.000.00) en que aprecio la desvalorización sufrida por la propiedad".

Trabada la litis y dentro del respectivo término probatorio del juicio, se decretó, a solicitud del apoderado legal del Departamento de Caldas, una diligencia de inspección ocular en asocio de peritos, a fin de que éstos dictaminaran, entre otras, sobre la siguiente cuestión: "6º Establecer si con motivo de la construcción de la carretera Salamina-La Merced y de su paso por la finca rural de propiedad del demandante, doctor Echeverri Isaza, dicha finca ha sido objeto de valorización, indicando en cifra exacta el valor de esa valorización o mayor valor adquirido con motivo de la ejecución de la obra".

Rendido el informe pericial y dado el traslado a las partes, el mandatario de la entidad departamental objetó el dictamen rendido por el experto Marín, por error grave, "en cuanto al punto sexto de su exposición".

El Tribunal del conocimiento, según providencia datada el 20 de enero de 1962, desató la correspondiente articulación en el sentido de declarar improcedente la objeción propuesta, auto contra el cual se alzó en apelación el apoderado del Departamento de Caldas. Remitido el negocio a esta Sala y tramitado en legal forma el recurso, se procede a resolverlo mediante las siguientes consideraciones:

Los peritos principales, Samuel Peláez Mejía y Pablo Emilio Marín, por no estar de acuerdo en cuanto al punto 6º del cuestionario a ellos sometido, conceptuaron así:

El señor Peláez Mejía: "... La finca del doctor Enrique Echeverri Isaza, materia de este juicio, con la construcción de la carretera Salamina-La Merced, considero que se valorizó aproximadamente en un treinta por ciento de su valor, o sean $ 18.000.00, aproximadamente, ya que su administración se hizo más fácil y los transportes del personal de mano y productos agrícolas resultaron más económicos para su propietario. En relación con perjuicios ocasionados a la citada propiedad, ello será motivo de estudio aparte del presente que se ha verificado".

El señor Marín: "Me permito significar que según mi escaso conocimiento, no encuentro razón alguna para estimar ninguna valorización

en la citada finca materia de esta diligencia, por el principal motivo de que los perjuicios ocasionados han sido varios y de mucha consideración".

Llamado a dictaminar el perito tercero, José Manuel Mejía, éste expreso: "De acuerdo con mis conocimientos, me permito conceptuar que, con la construcción de la carretera Salamina-La Merced, la finca 'El Pedrero', de propiedad del doctor Enrique Echeverri I., ésta obtuvo una valorización aproximada de cinco mil pesos moneda corriente ($ 5.000.00)".

La objeción al dictamen se hace consistir en lo siguiente: "Es apenas, de lógica elemental, que si un predio o finca rural como la de propiedad del demandante, doctor Echeverri, y a que se refiere el juicio aludido, obtiene beneficios con motivo de la construcción de una carretera que la atraviesa en más de dos mil (2.000) metros, beneficios que se traducen en facilidades para administración y movilización de personas y productos, lo mismo que en tiempo, como lo afirman los dos peritos principales, aumente de valor por tales razones, o sea que es objeto de valorización con motivo de la obra. En consecuencia, el perito Marín al establecer en su dictamen esos beneficios acorde con el otro perito, pero al afirmar que esos beneficios no ocasionan un mayor valor en la finca rural, ha incurrido en un error grave, que peca contra la lógica, con mayor razón si se considera que tanto este perito como el perito Peláez dictaminaron que el camino que existía antes para beneficio de tal finca rural era vía sumamente pendiente, en forma de zig zag, no apta para vehículos automotores. Se tiene así, plenamente configurado un error grave en el dictamen del perito Marín contenido en el punto 6º, error grave que en este caso tiene la característica de ir contra la naturaleza de las cosas, porque no es posible que un bien raíz reciba un beneficio con motivo de la ejecución de una obra pública, y ese beneficio no sea causa para que tal bien raíz adquiera un mayor valor, con mayor razón cuando tal beneficio es ostensible, real y valioso, como se deduce de la simple lectura del dictamen rendido uniformemente por los peritos principales bajo los puntos cuarto y quinto de su informe pericial".

El Tribunal, al decidir la referida tacha, llegó a la conclusión de que en este caso no procede pronunciamiento sobre la objeción de error grave formulada contra el concepto del perito Marín, porque "sin un mayor esfuerzo intelectual se comprende que la valorización o desvalorización del fundo del demandante, por razón de la carretera que lo atraviesa y lo divide en varios lotes de terreno, conforme a la demanda, es extremo principal del juicio, no una cuestión incidental que pueda ser resuelta en un auto. Si el perito principal, señor Marín, estuvo en lo cierto o no cuando conceptuó que el predio del doctor Echeverri Isaza se había desvalorizado, ello debe decidirse en la sentencia, porque ese concepto, precisamente, constituye el fondo del litigio, la razón de la demanda propuesta y de la oposición de las entidades demandadas".

De conformidad con el artículo 720 del Código Judicial, las partes pueden objetar el dictamen por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción.

Lo que caracteriza el error grave, según doctrina de la Corte, es el hecho de que en el dictamen los peritos cambien los atributos o calidades naturales y propias del objeto examinado por otras que no tiene; o que tomen como objeto de su investigación una cosa distinta de la que debe ser materia de la correspondiente peritación; o, en fin, que tengan en consideración factores que no podían influír en su dictamen o, al contrario, que dejen de tener en cuenta factores necesarios.

Mas el dictamen por error grave a que se refiere la norma precitada, no puede consistir en la simple presentación de conceptos tendientes a refutar las argumentaciones y conclusiones a que hayan llegado los peritos mediante un proceso intelectivo más o menos ajustado a las leyes del razonamiento, porque entonces el estudio y decisión de la tacha así planteada implicaría la valoración anticipada del mérito probatorio del dictamen dentro de un incidente de objeciones, cuestión aquélla que al juzgador sólo compete examinar al tiempo de hacer el pronunciamiento de fondo.

Ha dicho la Sala en anteriores y reiteradas providencias, al fijar el contenido y alcance del referido artículo 720, que "si se aceptasé en el incidente de tacha la discusión alrededor de las bases subjetivas que cada perito estime adecuadas para sacar sus deducciones, se prejuzgaría sobre el fondo mismo del dictamen, anticipándose fallo sobre aspectos propios de la sentencia definitiva, pues es en ésta donde se analiza el proceso intelectivo a que el experto acude para formular la conclusión que él juzga más acertada. Esto es lo que constituye la crítica del experticio, impropia de hacer en el incidente previsto en el artículo 720 del Código Judicial". (G. J., T. LXX, pág. 451).

Y también ya había dicho la Sala en otra ocasión: "es preciso no confundir dos cosas jurídicamente distintas: el error grave en un dictamen pericial y la deficiencia en la fundamentación del

mismo. El error supone conceptos objetivamente equivocados, y da lugar a que los peritos que erraron en materia grave sean reemplazados por otros. La deficiencia en la fundamentación del dictamen no implica necesariamente equivocación, pero da lugar a que dicho dictamen sea descalificado como plena prueba en el fallo, por falta de los requisitos necesarios''. (G. J., T. XLVIII, pág. 516).

La equivocación grave que afecta el informe del perito Marín, según lo ya transcrito a ese respecto, se hace consistir en que ''peca contra la lógica'' y ''la naturaleza de las cosas'', porque si con la construcción de una carretera se atraviesa un fundo rural, y en tal virtud se facilita el transporte de personas y productos desde aquella finca hasta los centros de consumo, debe necesariamente producirse una valorización ocasionada por la ejecución de la obra en esa propiedad inmueble. Se agrega en otra parte del referido escrito de tacha que esa plusvalía compensa en exceso cualquier otro perjuicio o depreciación que se haya producido en el resto de la propiedad.

El acta de la diligencia de inspección ocular practicada en este juicio conjuntamente con la prueba de peritos, sólo da cuenta de que el personal inspector ''constató que la carretera Salamina-La Merced cruza la finca o lote de terreno identificado (se refiere al que es materia del litigio) de extremo a extremo y luego en zig zag, en cuatro vueltas, comprendiendo cuatro lotes de terreno en que dicha carretera divide la finca'' (C. No. 3, pág. 12).

La información del perito Marín afirma que el terreno afectado por el trabajo público ha sufrido por tal motivo ''perjuicios varios y de mucha consideración'', los cuales absorben el mayor valor adquirido por esa propiedad particular como consecuencia de la obra.

La conclusión a que llega el perito no se puede calificar en forma absoluta como gravemente errónea, prescindiendo de los fundamentos en que se apoya. Considera el experto que en este caso particular el mayor valor logrado por concepto de la ejecución del trabajo público, está afectado en igual proporción por la presencia de factores que han ocasionado la depreciación de los terrenos no ocupados por dicha vía. Acaso podría decirse que esa información pericial no está debidamente fundamentada o que es deficiente por falta de claridad al respecto, pero no que sea necesariamente equivocada. Mas la decisión sobre esta especial cuestión, es decir, sobre la apreciación del dictamen como prueba, bien sea para aceptarlo o desecharlo por estar o no debidamente fundamentado, es materia que sólo podrá ser objeto de estudio por el fallador en la sentencia definitiva, pero no al resolver el incidente de objeciones.

De otra parte, cabe advertir que el objetante en el memorial de tacha se concreta a consignar su propio criterio para refutar el concepto y conclusiones del perito mencionado, limitándose a expresar que esa exposición peca contra la lógica, lo cual es impertinente aducir como único fundamento y comprobación del error grave, según principios jurisprudenciales antes expuestos.

Como ha dicho la Corte, ''cuando la tacha de error grave se proyecta sobre el proceso intelectivo del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal (art. 720), y por lo mismo es imposible para el juzgador, que al considerarla, entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva''.

De otra parte, el error grave que permite la objeción contra un dictamen pericial y determina al prosperar la tacha que los expertos sean cambiados por otros para que rindan nueva peritación, no hace relación al mérito intrínseco de la prueba misma, a su eficacia legal para los fines de la demanda o la defensa. Y lo que se pretende en el caso de autos, mediante simples alegaciones contra los fundamentos del dictamen, carentes de todo apoyo probatorio, es que se aprecie en una decisión incidental el mérito del dictamen, y por ese medio se decida, como lo anota el Tribunal de instancia, una cuestión que constituye el fondo del litigio, la razón de la demanda propuesta y de la oposición de las entidades demandadas.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, *confirma* la providencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. TRASLADO DE LA PRUEBA DEL PROCESO PENAL AL PROCESO CIVIL. OBJETO PROPIO DE LA INSPECCION OCULAR. COPIAS EXPEDIDAS IRREGULARMENTE

1. Con el objeto de probar su tesis, el apoderado invoca los autorizados conceptos del doctor Alzate Noreña, quien al tratar del traslado de una prueba de un proceso penal a otro civil, caso contemplado en este juicio, se expresa así: "Si el juicio civil se adelanta por separado, o después de terminado el penal, valen las pruebas entre las mismas partes, y el Juez debe admitirlas siempre que se lleven legalmente al civil. Y esto es así, aunque el juicio penal termine por amnistía, indulto o muerte del reo (art. 1504 del C. J.), siempre que la acción civil no haya prescrito". (Luis Alzate Noreña, Pruebas Judiciales, pág. 112).

Este párrafo copiado e invocado por el apoderado exige, para apreciar una prueba producida en un proceso penal y trasladada a otro civil, estos requisitos: que el proceso penal y el civil se adelanten entre las mismas partes; que las pruebas "se lleven legalmente al civil"; "que la acción civil no haya prescrito".

2. Las copias presentadas con la demanda civil, tomadas del proceso penal, se expidieron únicamente por el Secretario, sin orden del Juez competente, a quien le correspondía la facultad de ordenar su expedición de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil.

En efecto, sobre esta materia, la Sala dijo en la sentencia de 13 de diciembre de 1961, en el juicio ordinario adelantado por Jorge Castaño Osorio contra la Nación, respecto de la propiedad de un automotor, lo que se copia a continuación:

"Tanto en los juicios que están en curso como en los que se hallan terminados, la orden de expedir las copias debe darlas el Juez, mas no el Secretario, que no tiene atribución alguna para decidir sobre si deben expedirse o no; si con citación de la contraparte, en relación con la solicitud hecha por una de ellas; o de ambas partes, en el caso de que la petición la hiciera un tercero; y en todos estos eventos decidir si deben agregarse las piezas indicadas por la parte o las partes, según el caso.

"El artículo 361 del Código Judicial, para los juicios en curso, no puede dejar duda alguna al respecto, porque terminantemente dispone: 'Los Jueces que sustancian un juicio pueden ordenar la expedición y entrega de las copias que se soliciten, ya de todo el proceso o de parte de él...'; por tanto, la facultad para ordenar la expedición de las copias corresponde al Juez; pero no a los Secretarios, cuya intervención está limitada a la parte mecánica de los procesos; de ahí que el artículo 121 del Código Judicial enumere, no las facultades de los Secretarios, sino sus deberes en sus 18 apartes; porque aun el rechazar los escritos irrespetuosos no lo hacen ad libitum sino 'consultando previamente, para evitar abusos y dificultades, al Juez o Magistrado respectivo'.

"El numeral 3º del artículo 121 ratifica lo dispuesto en el artículo 361 del Código Judicial, porque autoriza a los Secretarios 'para dar los testimonios y certificaciones que se soliciten, cuando lo prescriba la ley o lo prevenga el respectivo Juez'; de suerte, pues, que se requiere expresa autorización de la ley u orden del Juez, requisito o formalidad que no se cumplió en la expedición de la copia del auto mediante el cual se reconoció a Jorge Castaño Osorio la calidad de heredero del causante, en su condición de hijo legítimo.

"El artículo 632 del Código Judicial dispone: 'Hacen también plena prueba acerca de su contenido, como documentos auténticos: los demás instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargo por autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones: las copias de tales documentos expedidos formalmente y autorizadas por los Secretarios o empleados encar-

gados de los archivos...' (subraya la Sala); y según lo expuesto antes, la copia del auto sobre declaración de herederos la expidió el Secretario, tomándose una atribución que no casa con el 'ejercicio de sus funciones', porque solamente al Juez le correspondía, según el artículo 361 del Código Judicial, impartir la orden de compulsar la copia requerida por el actor, que la obtuvo en una forma irregular, privándola de valor probatorio".

La anterior doctrina no se modifica, en cuanto atañe a los juicios archivados o terminados, porque corresponde al Juez impartir la orden de compulsar las copias, pues dice el artículo 362 del Código Judicial: "No obstante lo dispuesto en los dos artículos anteriores, las partes tienen derecho a que se les mande dar por los Jueces, de plano por una vez, copia íntegra de los autos, luego que estén fenecidos, y también de solo las sentencias ejecutoriadas, agregando las piezas que acrediten su cumplimiento si las hay".

En materia penal, también le corresponde al Juez la facultad de ordenar la expedición de las copias, como puede verse en los artículos 11, 165, 636, etc., del Código de Procedimiento Penal; y si al respecto hubiese algún vacío, se aplicarían las normas del Código Judicial como lo ordena el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal.

3. Otro de los requisitos enunciados para el eficaz traslado de una prueba de un proceso a otro, consiste en que haya identidad jurídica de las partes, porque si la sentencia no tiene efecto sino entre las partes, menos podrán afectar a terceros los actos procesales cumplidos en otro juicio, como la asunción de una prueba en una causa penal para hacerla valer en una civil.

Las pruebas presentadas en copias fueron practicadas en la causa penal adelantada contra el agente Argemiro Báez, en la cual no puede considerarse al Estado como parte, pues ni comparece como sindicado ni como ofendido por el ilícito consumado; en consecuencia, como tercero, para que las pruebas trasladadas le fueran oponibles, se debieron allegar en copias normalmente expedidas y luego ratificadas dentro del término legal mediante oportuna petición de la parte actora, con el objeto de someterlas a contradicción y conocimiento de la contraparte, en este caso el Estado.

El actor compareció al proceso penal como parte civil, pero esta comparecencia no tiene efecto sino respecto de Argemiro Báez, sindicado, primero, como responsable de un delito de homicidio imperfecto; y luego bajo el supuesto de lesiones culposas, pero que en modo alguno modifica la situación jurídica del Estado.

Como ya se dijo antes, el apoderado de la parte civil en el proceso penal, invocando la solidaridad establecida en el artículo 92 del Código Penal, solicitó: "Por lo anterior la demanda de parte civil se dirige por medio de esta adición a la Nación, representada en este caso por el Asesor Jurídico del Ministerio de Guerra, o por el Fiscal del Tribunal Superior a quien se debe notificar el proveído que dé curso a esta demanda, ya que en la sentencia condenatoria que habrá de dictarse debe quedar establecida la responsabilidad de la Nación por el hecho ilícito cometido por su Agente Argemiro Báez" (f. 58, C. número 1º).

Sin embargo, el pedimento resulta totalmente inoperante, en virtud de las siguientes razones A) en el proceso penal, el memorial no fue resuelto en forma directa, para aceptar o negar la llamada adición encaminada a considerar al Estado como parte en el dicho juicio; B) la solidaridad establecida en el artículo 92 del Código Penal, se refiere a los coautores del hecho físico, fundamento del ilícito pero que no afecta al Estado que responde por un hecho ajeno; C) y en fin, la llamada adición de la demanda civil intentaba llevar a efecto una imposible acumulación de acciones, del todo impertinente, porque el Estado respondería, cuando más, en el campo civil pero no en el penal, mediante juicio promovido ante el Tribunal Superior, según el artículo 76 del Código Judicial; de ahí que sería inaplicable el artículo 209 del Código Judicial, que exige, para la viabilidad de esta clase de acumulaciones, que el Juez sea competente para conocer de todas las acciones y bajo un mismo procedimiento; y en el proceso penal el Juez no era competente por razón de la materia y por el fuero de que goza el Estado, además de que no era posible adelantar las acciones bajo el mismo procedimiento: el uno civil y el otro penal, regulados en los respectivos Códigos en forma diferente en atención a la naturaleza de las acciones.

4. De acuerdo con el artículo 724 del Código Judicial, "la inspección ocular tiene por objeto el examen y reconocimiento que, para juzgar con más acierto, hace el Juez, acompañado de peritos o testigos, de las cosas o hechos litigiosos o relacionados con el debate"; de manera que este medio de prueba no se puede aprovechar, en forma eficaz, para allegar pruebas no solicitadas en tiempo hábil ni en la forma ordenada por la ley; así, por ejemplo, no basta establecer

en una inspección ocular que existe un determinado documento, sino que si se quiere aducir su contenido como prueba, debe solicitarse copia al funcionario que ejerce el cargo por autoridad pública, como el Juez respectivo, cuando la pieza se refiere a un acto procesal o a una prueba eventual, porque si ha menester presentarse alguna que reposa en un protocolo, debe demandarse la expedición del respectivo Jefe de la oficina. Con razón dice el doctor Alzate Noreña, en un aparte copiado por el apoderado del actor: "...; pero en ningún caso nos referimos a las pruebas literales constituídas en documentos públicos, porque como de éstos existe una fuente segura de donde se han tomado, a esa fuente debe recurrirse, pues para esta clase de pruebas no vale copia de copia, a menos que esa copia no haya sido tomada del protocolo o registro respectivo, por no existir éste (inciso 2º del artículo 630 del C. J.)".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, once de octubre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña).

En grado de apelación, interpuesta por la parte actora, debe la Sala revisar la sentencia de fecha 8 de marzo de 1961, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por el apoderado de Arturo Jiménez Pombo, con el fin de que se condenara al Estado a las siguientes prestaciones:

"1ª A pagar al señor Arturo Jiménez Pombo, en esta ciudad de Bogotá, D. E., y dentro de tres (3) días, contados desde la ejecutoria del fallo, la suma de quinientos mil pesos ($ 500.000.00) moneda legal, valor de los perjuicios materiales y morales causados por las lesiones personales de que fue víctima el día noviembre (sic) diez y ocho (18) de mil novecientos cincuenta (1950), en el Retén de Policía de Suba, por el disparo o disparos que hizo el señor Argemiro Báez, en su condición de Agente de la Policía Nacional, funcionario al servicio de la Nación.

"2ª Subsidiariamente se condene a la Nación a pagar al señor Arturo Jiménez Pombo, en esta ciudad de Bogotá, D. E., y dentro de los tres días, contados desde la ejecutoria del fallo, la suma o sumas que señalen peritos dentro del juicio o dentro de la ejecución de la sentencia, por concepto de perjuicios materiales y morales, más el lucro cesante y daño emergente derivados del no reconocimiento oportuno de tales perjuicios materiales y morales, a que se refiere la petición primera, que es principal" (f. 62. C. No. 1º).

Los hechos expuestos como fundamentales de las súplicas dicen así:

"1º El día diez y ocho (18) de noviembre del año de mil novecientos cincuenta (1950), como a las dos (2) de la mañana y cuando el señor Arturo Jiménez Pombo pasaba en su automóvil, del Club de los Lagartos para Bogotá, por el Retén de Policía de la vecina población de Suba, fue lesionado por los disparos que hizo el Agente de la Policía Nacional Argemiro Báez.

"2º Con motivo de tales lesiones se abrió la correspondiente investigación criminal, la que culminó con providencia del Juzgado 5º Penal del Circuito de Bogotá, de fecha enero 11 de 1957, que declaró prescrita la acción penal, providencia confirmada por el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en providencia de mayo ocho (8) de mil novecientos cincuenta y siete (1957).

"3º Pero, antes el Juzgado 5º Penal del Circuito había dictado auto de detención contra Argemiro Báez, como autor de los disparos que lesionaron al señor Arturo Jiménez Pombo en las circunstancias de lugar, tiempo y modo, a que se refiere la providencia de octubre 22 de 1951.

"4º El Juzgado 2º Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en providencia de agosto 19 de 1952, sobreseyó definitivamente en favor de Argemiro Báez y otros por el delito de homicidio imperfecto en mi poderdante, providencia que consultada con el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (Sala Penal), fue confirmada en providencia de marzo 10 de 1953.

"5º En virtud de las anteriores providencias, el Juzgado 5º Penal del Circuito, en providencia de septiembre 26 de 1955 sobreseyó definitivamente en favor de Argemiro Báez y otros por el delito de lesiones personales en mi poderdante; apelada dicha providencia, el honorable Tribunal Superior, en proveído de agosto 23 de 1956, revocó el auto apelado y ordenó que el Juzgado determinara si se había consumado o no la prescripción de la acción penal. El Juzgado 5º Penal del Circuito, en auto de enero 11 de 1957, declaró que la prescripción de la acción penal había operado, y consultada esa providencia, fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá con fecha mayo ocho (8) de 1957.

"6º El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (Sala Penal), en providencia de

agosto 23 de 1956, ratifica el concepto de que se trata de unas lesiones personales culposas imputadas a Argemiro Báez, funcionario al servicio de la Nación como Agente de la Policía Nacional. Esta cuestión no puede discutirse, sino que hay que aceptarla, y de ella se derivan consecuencias jurídicas favorables a mi poderdante, siendo la primera la obligación por, parte de la Nación, de pagar a mi poderdante los perjuicios materiales y morales de que se ha hablado antes'' (fs. 62 y 62 vto. ib.).

En derecho invocó el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal; Título 34, Libro 4º del Código Civil y concordantes; artículo 92 del Código Penal y análogos.

La cuantía de los perjuicios la fijó en la cantidad de quinientos mil pesos, así: doscientos mil por los daños materiales y trescientos mil por los de orden moral.

Advierte que adjunta con la demanda, en sesenta hojas, varias copias tomadas del proceso penal, que incluyen testimonios, conceptos periciales, providencias de sobreseimiento definitivo y de prescripción de la acción penal, como también las que conciernen a las actuaciones del actor como parte civil en el sumario.

Contestó la demanda, en representación de la Nación, el Fiscal 2º del Tribunal, quien manifiesta oponerse ''a que se hagan las condenas citadas por considerar que no existe nexo causal alguno capaz de comprometer civilmente a la Nación, según el caso planteado; fuera de otras consideraciones que oportunamente se expondrán''.

En cuanto atañe a los hechos, respecto del primero, dijo que no le consta directamente que el actor hubiese sido herido por el Agente Argemiro Báez a las dos de la mañana del día 18 de noviembre de 1950; y en relación con los demás que ni los aceptaba ni los negaba para estar ''al alcance y mérito probatorio de la respectiva actuación procesal''.

Terminó alegando la excepción de ''prescripción extintiva de la acción''.

Agotada la tramitación de primera instancia, el Tribunal, en la sentencia citada al principio de esta providencia, absolvió a la Nación de los cargos de la demanda, porque consideró que la prueba trasladada de la causa penal, tal como lo hizo el apoderado de la parte demandante, resulta ineficaz para demostrar los hechos básicos en este litigio civil.

Con el fin de resolver la alzada contra la dicha sentencia, se procede al examen de las pruebas presentadas en primera como en segunda instancia, para establecer si por la forma como fueron allegadas a este proceso resultan ineficaces según lo sostiene el Tribunal, en especial por la falta de ratificación de los testimonios aducidos en copia, tomada de la causa penal adelantada contra el Agente Báez, que terminó en cuanto al delito de homicidio imperfecto, por medio de un sobreseimiento definitivo; y en cuanto a las lesiones culposas con la declaración de prescripción de la acción penal, como se verá más adelante.

1º Pruebas presentadas con la demanda. El apoderado del actor, con la demanda presentó copia de numerosas actuaciones, autos, diligencias, declaraciones, etc., tomadas del proceso penal seguido contra Argemiro Báez y otros, que se inicia con estas textuales palabras: ''El Secretario del Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bogotá, compulsa a continuación copias de las siguientes piezas, tomadas de las diligencias sumarias adelantadas contra Argemiro Báez y otros, por el delito de lesiones personales''.

La copia expedida irregularmente por el Secretario del Juzgado contiene, a más del informe del Juzgado Permanente, de la declaración indagatoria del presunto responsable, de las declaraciones de los testigos, de los conceptos médicos, etc., las siguientes providencias:

a) Del auto de fecha 19 de agosto de 1952, por medio del cual el Juez 2º Superior de Bogotá sobreseyó definitivamente en favor de Argemiro Báez y otros por el delito de homicidio imperfecto, con fundamento, entre otros, en estos razonamientos:

''Para este Juzgado, pues, en una consideración objetiva de los hechos, le parece que no existe en el proceso un elemento de imputación que sirva para derivar de él, la existencia de una medida legal de responsabilidad penal para que perjudique al sindicado Báez, en términos de que se haga preciso un encausamiento. En efecto, de una parte, no existió en su ánimo el propósito específico de causar la muerte del denunciante; de otra parte, el sindicado al obrar lo hizo en cumplimiento de su deber, en obedecimiento a una orden militar, y policiva de sus superiores jerárquicos; de otra, el comportamiento imprudente del conductor del vehículo, al no detenerse expuso a sus ocupantes a las consecuencias trágicas posteriores, y, finalmente, el mismo conductor o chofer se hizo trasgresor declarado de clarísimas normas de circulación y tránsito, en cuanto a viajes intermunicipales, que mandan detener todo vehículo al pasar por frente de todo retén, para continuar la marcha una vez que ha sido autorizada por la Policía. Desde este punto de vista, la presunción de inocencia de que constitucionalmente favorece a los ciudadanos no ha

sido desvirtuada, y así tiene que aceptarse, ya que ella se consolida mejor ante un análisis imparcial y objetivo del proceso'' (fs. 30 vto. a 31 ib.).

b) También se insertó copia de la providencia de 10 de marzo de 1953, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó el sobreseimiento definitivo decretado por el Juez 2º Superior, por estas razones: ''No queda la menor duda de que de los hechos que dieron lugar a la formación de este proceso, fue autor directo y principal el Agente Argemiro Báez, al disparar su fusil por dos veces contra el automóvil 'Cadillac', de placas número 8527, actividad física que causó a don Arturo Jiménez Pombo la lesión que los médicos legistas le reconocieron. A pesar de ello, no es el momento de examinar el grado de responsabilidad que se le pueda o no atribuír a dicho Policía, ya que el punto a examinar gira en torno de la calificación jurídica del hecho, es decir, si se trata del delito de homicidio imperfecto o de lesiones personales. Al respecto, no nos queda otro camino para entrever la actividad psico-física del Policía Argemiro Báez frente a los hechos investigados, sino su libre y espontánea confesión, en donde, como lo hemos visto, afirma que al disparar no tuvo la intención de herir o perjudicar a ninguna persona, sino solamente imposibilitar al vehículo para que no continuara su marcha, aseveración que en forma alguna aparece desvirtuada en este proceso, ya que mediante prueba directa, obra por hechos o circunstancias objetivamente acreditada. En efecto, el expediente no brinda elementos de juicio suficientes, ni siquiera probables o remotos sobre los cuales se pueda afianzar la cabal certeza de que el referido Agente Argemiro Báez, no obstante la idoneidad del arma para matar, disparó contra aquel automóvil ocupado en esos momentos por don Arturo Jiménez Pombo y su señora esposa, con la intención manifiesta, el propósito ostensible de cegar una vida, menos a ninguno de los que allí viajaban, a quienes no conocía, ni tenía motivos que le determinaran a obrar de tal manera. Por consiguiente, fallando uno de los elementos que configuran el delito de homicidio imperfecto en cualesquiera de las modalidades de que tratan los artículos 16 y 17 del Código Penal, se debe concluír que el sindicado Argemiro Báez no realizó dicha transgresión, siendo acreedor a que su situación jurídica se resuelva en consonancia con lo conceptuado en el artículo 437 del Código de Procedimiento Penal, como lo ha resuelto el señor Juez *a quo*'' (fs. 35 vto. a 36 ib.).

c) Como tanto en el auto de primera instancia como en el de segunda antes mencionados, se ordenó pasar el expediente al Juez competente, para que decidiera sobre el posible delito de lesiones, el Juez Quinto Penal del Circuito de Bogotá, en proveído de 26 de septiembre de 1955, sobreseyó definitivamente por tal delito, para lo cual expuso: ''Basta, por último, considerar la situación jurídica de Báez, como presunto (responsable) de un delito culposo de lesiones personales en la integridad física del señor Jiménez Pombo. Reza el ordinal 2º del artículo 12 de nuestro estatuto penal: 'Hay culpa cuando el Agente no previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos, o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poder evitarlos...'. Para ello debe considerarse, en primer lugar, las circunstancias especiales en que actuó Báez en la mañana de los hechos materia de la presente investigación. Son ampliamente conocidas las disposiciones terminantes que existen en los reglamentos de Circulación y Tránsito, con mayor rigor en los retenes para efecto del 'Pare' y estacionamiento por un tiempo determinado en dichos lugares, encaminado a las requisas y el control de los vehículos en el paso de una ciudad a otra, para los numerosos fines previstos en dichos reglamentos, órdenes que deben cumplirse inexorablemente por los conductores de vehículos, y que con el mismo carácter deben cumplir los funcionarios encargados de esa misión. La situación de alarma que existía en la noche del diez y siete de noviembre de mil novecientos cincuenta en los retenes, principalmente, entre los funcionarios o Agentes encargados del servicio, provenía de la orden de captura, por todos los medios, para el doctor N. N., habiéndose dado consignas con el fin de no permitir por ningún motivo el pase de vehículos sin la previa requisa e identificación de los pasajeros u ocupantes'' (fs. 41 vto. a 42 ib.).

d) Consultado el sobreseimiento definitivo al Tribunal, el Fiscal, con intachable lógica, dijo en la vista: ''Por manera, pues, que tanto el Juez de primera instancia como el honorable Tribunal Superior descartaron el propósito doloso por parte del sindicado Báez cuando disparó, y con base en dichas argumentaciones de orden jurídico y debidamente respaldadas en el sumario, sobreseyeron en su favor y en el de sus compañeros de sindicación, en forma definitiva. Descartado el dolo, a virtud de la incapacidad sufrida por el sujeto pasivo de la infracción y las secuelas correspondientes, el negocio se remitió por competencia al señor Juez del Circuito, quien con base en las mismas razones expuestas

por el honorable Tribunal Superior, considera que frente al delito de lesiones personales intencionales, por ausencia de dolo, los sindicados son merecedores de un sobreseimiento definitivo al tenor del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal. Por este aspecto el auto materia de la consulta no reviste problema alguno y debe ser confirmado en su integridad, como así lo solicito'' (fs. 44 a 44 vto. ib.).

e) Sin embargo, el Tribunal, por auto de fecha 23 de agosto de 1956, con discutible acierto, revocó el auto consultado para que el Juez de primera instancia resolviera sobre la prescripción de la acción penal, porque, según el Magistrado ponente, ''... es preciso aceptar el hecho imputado a los individuos que fueron denunciados, como el de unas simples lesiones personales en grado de culposas, y sería injurídico pretender siquiera desconocer esa realidad o exponer a última hora argumentos que intentaran desquiciarla. Tenemos, pues, que las lesiones inferidas al denunciante están sancionadas con la pena máxima de seis años de presidio, al tenor de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 374 del Código Penal, pero como se trata de un hecho cometido dentro del campo de la culpa penal, tales lesiones habría que sancionarlas, en caso de un fallo condenatorio, con la pena que fija el artículo 7º de la Ley 164 de 1938, es decir, con la de tres años de prisión únicamente. Mas como los hechos delictivos investigados, datan de más de cinco años, es claro que se ha presentado el fenómeno jurídico de la prescripción y siendo así no puede el Estado intervenir ni en favor ni en contra del acusado, toda vez que aquel fenómeno lo inhibe para ello, hasta el punto de que solamente le es dado decretar la prescripción y ordenar la cesación de todo procedimiento'' (f. 47, C. No. 1º).

f) Durante el proceso penal, el actor se hizo parte civil, según escrito presentado por su apoderado, quien porteriormente lo adicionó en el sentido de dirigir la acción contra la Nación; sin embargo, esta petición no fue resuelta en forma concreta, o por lo menos no aparece, en las copias allegadas, la providencia que la haya aceptado o rechazado, porque el Juez se declaró incompetente para conocer del proceso, pues estimó ser de competencia de la justicia militar, la cual no avocó tampoco el conocimiento y ordenó devolver el proceso al Juzgado de origen.

2º Pruebas practicadas en primera instancia:

a) El apoderado del actor, dentro del plazo hábil de primera instancia, solicitó que el Juez 5º del Circuito Penal de Bogotá remitiera el expediente que contenía el proceso contra el Agente Argemiro Báez; y aun cuando el Tribunal así lo ordenó, el Juez se abstuvo de hacerlo, porque —dijo— ''hace parte del archivo y, por consiguiente, debe permanecer en esta oficina'' (f. 7 vto., C. No. 2º).

Como la remisión del expediente que contenía el proceso penal tenía por objeto practicar una inspección ocular, el apoderado solicitó que se cumpliera tal diligencia en el despacho del Juez, la cual, favorablemente decretada, se llevó a cabo el día 11 de septiembre de 1959, con el resultado de que el acta es a modo de un índice de las distintas piezas, actuaciones, documentos, etc., del proceso penal, como puede apreciarse en el siguiente pasaje: ''... A folios 52 del cuaderno número 2º figura un memorial presentado por el señor apoderado del señor Jiménez Pombo, por medio del cual se adiciona la demanda sobre constitución de parte civil, en el sentido de extenderla contra la Nación, como demandado solidario. Finalmente, a folios 212, 213, 218 y 219 del cuaderno principal, figuran las providencias de once de enero y ocho de mayo de mil novecientos cincuenta y siete, y por las que el Juzgado Quinto Penal del Circuito y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, respectivamente, declaran prescrita la acción penal, y ordenan la cesación de todo procedimiento'' (f. 11, C. No. 2º).

Obviamente se comprende que esta relación de providencias y actuaciones, ni da mayor valor a las copias presentadas con la demanda ni constituye por sí misma una prueba independiente, tanto más que la inspección ocular no es un medio probatorio adecuado para trasladar pruebas de un proceso penal a otro civil.

b) Tanto en el memorial sobre pruebas como en la diligencia de inspección ocular el apoderado de la parte demandante solicitó que los peritos emitieran concepto sobre varias cuestiones, entre otras, respecto de las siguientes formuladas en aquél: ''... a fin de que se constate todo lo relacionado con el cuerpo del delito, imputabilidad del mismo, calidad de Agente de la Nación de Argemiro Báez, como autor material del ilícito, posesión de éste, nombramiento y ejercicio de sus funciones, reconocimientos médicos, etc., reservándome el derecho de nombrar el perito oportunamente, y de formular los cuestionarios para ellos, con el fin de establecer la cuantía de los perjuicios materiales y morales.

''3) Se tengan como pruebas las declaraciones, indagatorias, reconocimientos y demás piezas procesales que obran en la copia que se adjuntó

a la demanda, especialmente en cuanto a la fecha de constitución de parte civil dentro del proceso penal'' (f. 1, C. No. 2º).

De acuerdo con tan original e impertinente cuestionario, los peritos ''certificaron'' que ''Arturo Jiménez Pombo sí fue lesionado por Argemiro Báez con arma de fuego de largo alcance'', que según el auto de 26 de agosto de 1953, del Tribunal Superior, ''las lesiones ocasionadas al señor Jiménez Pombo fueron determinadas como culposas en el curso del proceso penal''; que el lesionado se constituyó en parte civil; que en el proceso penal obra copia del nombramiento y del acta de posesión de Argemiro Báez como Agente de Policía Nacional, etc., para rematar tan inoperante concepto con la estimación de los daños materiales y morales ocasionados al actor.

3º Pruebas de segunda instancia. En segunda instancia, a pedimento del apelante, se recibió la causa a prueba con las limitaciones impuestas por el artículo 1º del Decreto número 243 de 1951; de ahí que sólo se decretó la práctica de una inspección ocular, con el fin de ''establecer lo más exactamente posible, dónde, cuándo, cómo fue lesionado con arma de fuego (fusil) Arturo Jiménez Pombo...'', a la par que se negó que los testigos citados en el memorial se ratificaran en las declaraciones rendidas en el proceso penal, en obedecimiento a lo dispuesto en la disposición mencionada, pues, por una parte, no podía aceptarse que se tomara la diligencia de inspección ocular como un pretexto o medio para aportar pruebas no pedidas en el plazo legal ni decretadas en tiempo oportuno, según lo dispuesto en el artículo 746 del Código Judicial.

La diligencia de inspección ocular, en síntesis, se redujo a recibir declaración jurada a Carolina Uribe de Jiménez, cónyuge del actor, quien relató la forma como ocurrieron los hechos en la madrugada del día en que fue herido Jiménez Pombo. Además, el Juez, con sobrada razón, denegó la práctica de otras pruebas o la aceptación de algunos documentos, porque estimó inaplicable el artículo 728 del Código Judicial, invocado por el apoderado del actor para allegar pruebas no pedidas dentro del plazo legal.

Para esclarecer este punto, se transcriben los siguientes apartes de la sentencia de 12 de abril de 1962 proferida por esta Sala, en el juicio ordinario de única instancia, adelantado por Julio E. Caicedo contra la Nación sobre la propiedad del subsuelo petrolífero del predio ''El Rincón'':

''El artículo 597 del Código Judicial dispone que 'para estimar el mérito de las pruebas, éstas han de formar parte del proceso. ... 2º Por haberse presentado en inspecciones u otras diligencias en que intervienen el Juez y las partes'; sin embargo, como lo ha dicho la Corte en otras ocasiones, la regla contenida en la disposición transcrita no puede interpretarse en forma absoluta, sino de acuerdo con la naturaleza de cada juicio o de cada diligencia, porque en algunos procesos, como en el de deslinde, la postulación y la presentación de la prueba son actos que se confunden (art. 868, C. J.), como lo propio ocurre en algunas diligencias, por ejemplo, en las de oposiciones a los secuestros o a las entregas de inmuebles; sin embargo, cuando se trata de un juicio ordinario, la postulación de las pruebas y la adución o asunción o presentación son dos actos distintos, que deben cumplirse dentro de los plazos señalados en el artículo 746 del Código Judicial, con el objeto de garantizar la contradicción y publicidad de las pruebas; por esto, fenecido el plazo de diez días para pedir pruebas o término de postulación, empieza a correr el de treinta 'para practicar todas las pedidas'; por consiguiente, vencida la primera etapa del lapso probatorio, no es admisible la postulación de ningún medio probatorio, aun cuando sea manifiesta, patente y evidente la conducencia o necesidad de la prueba pretermitida.

''En el presente litigio, como la diligencia de inspección ocular no es tiempo hábil para la postulación de pruebas, sino que, por el contrario, tiene la indudable finalidad de practicarlas, no puede aducirse válidamente sino las que han sido postuladas o pedidas dentro del primer período a que alude el memorado artículo 746 del Código Judicial; y así, en forma por demás clara, se dijo en el auto que ordenó la inspección ocular, con estas textuales palabras: '... en el cual se tendrán en cuenta los documentos presentados con la demanda y los que, pedidos en tiempo oportuno, se produzcan dentro del juicio o se presentaren en la diligencia' (f. 4, C. No. 1º).

''Por tanto, como las escrituras que se presentaron en la diligencia de inspección ocular no fueron pedidas en tiempo oportuno, o sea, en el primer período a que alude el artículo 746 del Código Judicial, no pueden apreciarse como pruebas de ningún hecho básico del litigio, pues tal diligencia no puede convertirse en período apto para postular pruebas, decretarlas y presentarlas o asumirlas''.

4º Fundamento de la sentencia de primera instancia. El Tribunal absolvió a la Nación, porque consideró que la prueba presentada por el apoderado del actor fue trasladada sin el lleno de

los requisitos legales, para que fuera posible apreciarla en este proceso; y al efecto, se expresa así:

"'La relación jurídico-procesal (litis contestación) —ha dicho la Corte— se distingue ante todo por ser una relación en movimiento y tiene su origen en la ley procedimental, que es de derecho público y posee características especiales desde el punto de vista de sus sujetos, su contenido y su naturaleza... Pertenece al derecho público porque regula más o menos inmediatamente una actividad pública... Nacen de esa relación jurídico-procesal los derechos a que el litigio se desarrolle conforme a una *ordenación* ritual y a que no se alteren las actuaciones sustanciales del mismo' (G. J., Nos. 1901 y 1902, págs. 471 y ss.). Y dentro de esa ordenación ritual se encuentra, como requisito indispensable al mérito o eficacia de la prueba, el que ésta se decrete y realice con citación y audiencia de la parte a quien se va a oponer, porque es precisamente la publicidad y el debate contradictorio lo que comunica valor y eficacia a las pruebas con que se busca establecer la realidad jurídica que se debate dentro del juicio.

"Así, y para referir la aplicación de este principio a solo la prueba testimonial de que aquí se trata, existe en nuestra legislación el artículo 693 del Código Judicial, que textualmente dice: 'Salvo disposiciones especiales que permitan aducir meras declaraciones de nudo hecho, para apreciar los testimonios se requiere que éstos o su ratificación se haya pedido y decretado durante el término probatorio, a fin de que las otras partes intervengan en la diligencia, repregunten y ejerciten su derecho de infirmar la prueba'. Y la prueba testimonial tomada de la investigación penal en que no era ni podía ser parte la Nación, tiene respecto de ella la calidad de prueba sumaria inoponible, por consiguiente, contra sus intereses patrimoniales que se pretenden comprometer en el presente juicio. 'Las pruebas, dice el profesor don Francisco Ricci, al acoger el concepto del Tribunal de Catania, practicadas en el procedimiento criminal, no pueden tener influencia y valor idénticos en el juicio civil, en razón de la diversa naturaleza del procedimiento. En el civil, el carácter distintivo y esencial, es la controversia entre las partes, el procedimiento es público, y todos los interesados tienen derecho a asistir a todos los actos y hechos judiciales; en el penal es todo secreto, y en la práctica de la prueba interviene tan sólo, en representación del interés de la justicia, el Ministerio Público' (Tratado de las pruebas, Tomo 2º, pág. 47)" (fs. 79 vto. a 80, C. No. 1º).

5º Argumentos del apelante. Según el apoderado de la parte actora, las copias tomadas del proceso penal adelantado contra Argemiro Báez, presentadas con la demanda, debió el Tribunal apreciarlas, porque, dice, las "expedidas de tales piezas, y agregadas oportunamente, con la demanda, y no redargüidas de falsas, no pueden dejar de estimarse por el funcionario judicial en ningún momento. Otra cosa es que un funcionario público no lea las providencias allegadas...".

Con el objeto de probar su tesis, el apoderado invoca los autorizados conceptos del doctor Alzate Noreña, quien, al tratar del traslado de una prueba de un proceso penal a otro civil, caso contemplado en este juicio, se expresa así: "Si el juicio civil se adelanta por separado, o después de terminado el penal, valen las pruebas entre las mismas partes, y el Juez debe admitirlas siempre que se lleven legalmente al civil. Y esto es así, aunque el juicio penal termine por amnistía, indulto o muerte del reo (art. 1504 del C. J.), siempre que la acción civil no haya prescrito" (Luis Alzate Noreña, Pruebas Judiciales, pág. 112).

Este párrafo copiado e invocado por el apoderado exige, para apreciar una prueba producida en un proceso penal y trasladada a otro civil, estos requisitos: que el proceso penal y el civil se adelante entre las mismas partes; que las pruebas "se lleven legalmente al civil"; "que la acción civil no haya prescrito", condiciones que no se cumplen en este juicio, como se verá luego.

6º Copias expedidas irregularmente. Las copias presentadas con la demanda, tomadas del proceso penal adelantado contra Argemiro Báez, se expidieron únicamente por el Secretario, sin orden del Juez competente, a quien le correspondía la facultad de ordenar su expedición, de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil.

En efecto, sobre esta materia, la Sala dijo en la sentencia de 13 de diciembre de 1961, en el juicio ordinario adelantado por Jorge Castaño Osorio contra la Nación, respecto de la propiedad de un automotor, lo que se copia a continuación:

"Tanto en los juicios que están en curso como en los que se hallan terminados, la orden de expedir las copias debe darla el Juez, mas no el Secretario, que no tiene atribución alguna para decidir sobre si deben expedirse o no; si con citación de la contraparte, en relación con la soli-

citud hecha por una de ellas; o de ambas partes, en el caso de que la petición la hiciera un tercero; y en todos estos eventos decidir si deben agregarse las piezas indicadas por la parte o las partes, según el caso.

"El artículo 361 del Código Judicial, para los juicios en curso, no puede dejar duda alguna al respecto, porque terminantemente dispone: 'Los Jueces que sustancian un juicio pueden ordenar la expedición y entrega de las copias que se soliciten, ya de todo el proceso o de parte de él...'; por tanto, la facultad para ordenar la expedición de las copias corresponde al Juez; pero no a los Secretarios, cuya intervención está limitada a la parte mecánica de los procesos; de ahí que el artículo 121 del Código Judicial enumere, no las facultades de los Secretarios, sino sus *deberes* en sus 18 apartes; porque aun el rechazar los escritos irrespetuosos no lo hacen *ad libitum* sino 'consultando previamente, para evitar abusos y dificultades, al Juez o Magistrado respectivo'.

"El numeral 3º del artículo 121 ratifica lo dispuesto en el artículo 361 del Código Judicial, porque autoriza a los Secretarios 'para dar los testimonios y certificaciones que se soliciten, cuando la prescriba la ley o lo prevenga el respectivo Juez'; de suerte, pues, que se requiere expresa autorización de la ley u orden del Juez, requisito o formalidad que no se cumplió en la expedición de la copia del auto mediante el cual se reconoció a Jorge Castaño Osorio la calidad de heredero del causante, en su condición de hijo legítimo.

"El artículo 632 del Código Judicial dispone: 'Hacen también plena prueba acerca de su contenido, como documentos auténticos: los demás instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargo por autoridad pública, *en lo referente al ejercicio de sus funciones:* las copias de tales documentos *expedidos formalmente* y autorizadas por los Secretarios o empleados encargados de los archivos...' (subraya la Sala); y según lo expuesto antes, la copia del auto sobre declaración de herederos la expidió el Secretario, tomándose una atribución que no casa con el 'ejercicio de sus funciones', porque solamente al Juez le correspondía, según el artículo 361 del Código Judicial, impartir la orden de compulsar la copia requerida por el actor, que la obtuvo en una *forma irregular*, privándola de valor probatorio".

La anterior doctrina no se modifica, en cuanto atañe a los juicios archivados o terminados, porque corresponde al Juez impartir la orden de compulsar las copias, pues dice el artículo 362 del Código Judicial: "No obstante lo dispuesto en los dos artículos anteriores, las partes tienen derecho a que se les mande dar por los Jueces, de plano por una vez, copia íntegra de los autos, luego que estén fenecidos, y también de solo las sentencias ejecutoriadas, agregando las piezas que acrediten su cumplimiento, si las hay".

En materia penal, también le corresponde al Juez la facultad de ordenar la expedición de las copias, como puede verse en los artículos 11, 165, 636, etc., del Código de Procedimiento Penal; y si al respecto hubiese algún vacío, se aplicarían las normas del Código Judicial como lo ordena el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal.

7º Entre las mismas partes. Otro de los requisitos enunciados para el eficaz traslado de una prueba de un proceso a otro, consiste en que haya identidad jurídica de las partes, porque si la sentencia no tiene efecto sino entre las partes, menos podrán afectar a terceros los actos procesales cumplidos en otro juicio, como la asunción de una prueba en una causa penal para hacerla valer en una civil.

Las pruebas presentadas en copias irregularmente expedidas, según lo expuesto antes, fueron practicadas en la causa penal adelantada contra el Agente Argemiro Báez, en la cual no puede considerarse al Estado como parte, pues ni comparece como sindicado ni como ofendido por el ilícito consumado; en consecuencia, como tercero, para que las pruebas trasladadas le fueran oponibles, se debieron allegar en copias normalmente expedida, y luego ratificadas dentro del término legal mediante oportuna petición de la parte actora, con el objeto de someterlas a contradicción y conocimiento de la contraparte, en este caso el Estado.

El actor compareció al proceso penal como parte civil, pero esta comparecencia no tiene efecto sino respecto de Argemiro Báez, sindicado, primero, como responsable de un delito de homicidio imperfecto; y luego bajo el supuesto de lesiones culposas, pero que en modo alguno modifica la situación jurídica del Estado.

Como ya se dijo antes, el apoderado de la parte civil en el proceso penal, invocando la solidaridad establecida en el artículo 92 del Código Penal, solicitó: "Por lo anterior la demanda de parte civil se dirige por medio de esta adición a la Nación, representada en este caso por el Asesor Jurídico del Ministerio de Guerra, o por el Fiscal del Tribunal Superior, a quien se debe notificar el proveído que dé curso a esta demanda, ya que en la sentencia condenatoria que habrá de dictarse debe quedar establecida la res-

ponsabilidad de la Nación por el hecho ilícito cometido por su Agente Argemiro Báez'' (f. 58, C. No. 1º).

Sin embargo, el pedimento resulta totalmente inoperante, en virtud de las siguientes razones: a) en el proceso penal, el memorial no fue resuelto en forma directa, para aceptar o negar la llamada adición encaminada a considerar al Estado como parte en el dicho juicio; b) la solidaridad establecida en el artículo 92 del Código Penal se refiere a los coautores del hecho físico, fundamento del ilícito, pero que no afecta al Estado que responde por un hecho ajeno; c) y en fin, la llamada adición de la demanda civil intentaba llevar a efecto una imposible acumulación de acciones, del todo impertinente, porque el Estado respondería, cuando más, en el campo civil, pero no en el penal, mediante juicio promovido ante el Tribunal superior, según el artículo 76 del Código Judicial; de ahí que sería inaplicable el artículo 209 del Código Judicial, que exige, para la viabilidad de esta clase de acumulaciones, que el Juez sea competente para conocer de todas las acciones y bajo un mismo procedimiento; y en el proceso penal, el Juez no era competente por razón de la materia y por el fuero de que goza el Estado, además de que no era posible adelantar las acciones bajo el mismo procedimiento: el uno civil y el otro penal, regulados en los respectivos Códigos en forma diferente en atención a la naturaleza de las acciones.

8º Otra prueba ineficaz. De acuerdo con el artículo 724 del Código Judicial, ''La inspección ocular tiene por objeto el examen y reconocimiento que, para juzgar con más acierto, hace el Juez, acompañado de peritos o testigos, de las cosas o hechos litigiosos o relacionados con el debate''; de manera que este medio de prueba no se puede aprovechar, en forma eficaz, para allegar pruebas no solicitadas en tiempo hábil ni en la forma ordenada por la ley; así, por ejemplo, no basta establecer en una inspección ocular que existe un determinado documento, sino que si se quiere aducir su contenido como prueba, debe solicitarse copia al funcionario que ejerce el cargo por autoridad pública, como el Juez respectivo, cuando la pieza se refiere a un acto procesal o a una prueba eventual, porque si ha menester presentarse alguna que reposa en un protocolo, debe demandarse la expedición del respectivo jefe de la oficina. Con razón dice el doctor Alzate Noreña, en un aparte copiado por el apoderado del actor: ''...; pero en ningún caso nos referimos a las pruebas literales constituídas en documentos públicos, porque como de éstos existe una fuente segura de donde se han tomado, a esa fuente debe recurrirse, pues para esta clase de pruebas no vale copia de copia, a menos que esa copia no haya sido tomada del protocolo o registro respectivo, por no existir éste (inciso 2º del art. 630 del Código Judicial)''.

En consecuencia, el índice, alistamiento o referencia que contiene la inspección ocular practicada en primera instancia, respecto de las actuaciones, documentos, autos, etc., que obran en el proceso penal adelantado contra Argemiro Báez; no tienen ningún valor probatorio, ni siquiera como un indicio; pues, qué valor puede atribuírse, por ejemplo, a los siguientes pasajes de la citada acta: ''Examinado dicho expediente se pudo verificar lo que sigue: a folio 25 del Cuaderno Principal aparece un reconocimiento de la Oficina de Medicina Legal en la persona de don Arturo Jiménez Pombo, verificado el 28 de noviembre de 1950, sobre las heridas que dicho señor presentaba, causadas con arma de fuego, de cañón de largo alcance. A folios 9 y siguientes se encuentra la indagatoria rendida por Argemiro Báez, en la que manifiesta, entre otras cosas, lo siguiente: 'Es entendido que los disparos los hice en cumplimiento de mis obligaciones, sin tener la menor intención de herir o perjudicar a ninguna persona, sino solamente imposibilitar al vehículo para que continuara su marcha en esa forma' '' (fs. 10 a 10 vto., C. No. 2º).

Tales testimonios debieron pedirse en copia al Juez que conoció de la causa contra Argemiro Báez, dentro del término adecuado del proceso civil, que no puede sustituírse con las tomadas durante la diligencia de inspección ocular y sin que se hubiesen pedido dentro del primer lapso fijado en el artículo 746 del Código Judicial.

Los peritos pueden emitir concepto sobre cuestiones técnicas, pero son del todo inoperantes las que se refieren a la responsabilidad del sindicado, a la naturaleza del ilícito imputado, o sobre si existe en el proceso penal determinados documentos para establecer la calidad de empleado público de Argemiro Báez; pues, en cuanto a los primeros, como conceptos o juicios jurídicos competen exclusivamente al juzgador; y en cuanto al último, tal calidad se debía demostrar con copia del decreto de nombramiento, expedida por el funcionario competente.

9º Concepto del Procurador Delegado. El Procurador 2º Delegado en lo Civil, en el alegato de conclusión de segunda instancia, en cuanto atañe a la existencia misma de la culpa dice: ''En el caso de autos, es lo cierto que no se estableció en forma debida la culpa cometida por

el señor Argemiro Báez, de quien se afirma, por la parte demandante, era 'Agente de Policía Nacional' y antes por el contrario, se sobreseyó definitivamente en su favor en el proceso penal que se le adelantó, primero por la imputación de haber cometido 'homicidio imperfecto', y posteriormente bajo la imputación de ser autor de 'lesiones personales' cometidas por delito culposo; luego es forzoso concluír en este evento que no es posible deducir responsabilidad alguna a cargo del Estado, como consecuencia lógica de los pronunciamientos de los funcionarios en lo penal. Ni aún que se hubiera demostrado en el juicio civil la calidad de funcionario en Argemiro Báez, ya que como se verá luego ese carácter de Agente de la Policía no se acreditó en forma debida en el juicio civil.

"Desaparecida la fuente primaria que origina la responsabilidad civil extracontractual, se extingue, sin lugar a dudas, la fuente mediata de la responsabilidad por culpa aquiliana imputada a la entidad o persona de quien se afirma depende el autor del daño y la absolución de aquélla se impone forzosamente" (f. 22, C. No. 5º).

En cuanto al traslado de las pruebas del proceso penal al civil, el mismo funcionario se expresa así: "En este juicio se observa que las copias de la actuación procesal cumplida dentro del sumario criminal averiguatorio de los hechos imputados a Argemiro Báez, acompañadas por el actor con su libelo de demanda contra la Nación, no pueden en manera alguna servir de medios eficaces de pruebas contra éste, por cuanto ella no fue parte, como no podía serlo, dentro de ese proceso investigativo penal. En tal virtud, las pruebas recibidas sin su intervención como parte, sin su concurso pasivo, sin que por consiguiente fueran conocidas y contradichas por ella, no pueden servir de medios que produzcan efectos jurídicos en su contra dentro del juicio civil. 'Lo que comunica valor a las pruebas producidas en juicio es que lo hayan sido con intervención de las partes en debate y oposición entre ellas, y con el cumplimiento de las formalidades fijadas por la ley para su práctica'. (Casación, febrero 12 de 1947, G. J. Nos. 2042 a 2044, Tomo LXI, pág. 738). 'Las pruebas que obran en juicio no sirven para otro si no se reproducen en éste' (Casación, febrero 27 de 1943, G. J., Tomo XL, No. 1888, pág. 288). Se precisaba, pues, para la eficacia legal de las pruebas aportadas por el actor con el libelo de demanda, que las que a su turno se habían producido en las diligencias investigativas, tales como testimonios, indagatorias, peritazgos, se ratificaran dentro de este juicio civil mediante los procedimientos de presentación, práctica y aducción a éste en forma legal. Como así no se obró, era obvio y apenas natural el pronunciamiento que en contra de la parte actora hizo el Tribunal" (f. 24 ib.).

Finalmente, solicita la confirmación de la sentencia dictada por el Tribunal y, en forma subsidiaria, se declare la prescripción de la acción.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 8 de marzo de 1961, en el juicio promovido por Arturo Jiménez Pombo contra el Estado, materia del recurso de apelación.

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

Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García M., Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION Y CULPA PERSONAL DEL EMPLEADO

1. El Tribunal de primer grado deduce la responsabilidad de la Nación de las faltas en que incurrió el Agente Gómez al "tomar el vehículo abusivamente de los patios de la Oficina de Circulación, en donde se le mantenía en custodia, entregarse a su manejo, sin el pase o autorización que los reglamentos de tránsito exigen, y hacerlo, además, sin cuidarse de verificar previamente el estado de funcionamiento de la máquina que él desconocía, y cuyos frenos se encontraron luego en mal estado", fundado en que tales faltas comprometen la responsabilidad del Estado por aplicación de principios profesados por la Corte y expuestos en fallo de 21 de agosto de 1939 de la Sala de Casación Civil, en que ésta dijo que "no se puede ordinariamente aislar la culpa del funcionario encargado normalmente de accionar el servicio", por lo cual las cometidas por los empleados "generalmente son faltas de servicio público que comprometen la responsabilidad de la administración". Pero al transcribir los anteriores conceptos el Tribunal inexplicablemente omite el que inmediatamente después expresa la misma providencia, así: "salvo, naturalmente, los casos de culpa personal del empleado que lo compromete individualmente por actividades ajenas a las funciones del servicio mismo o independiente de él" (G. J. XLVIII, 663, 2ª). Tomada sin mutilación la doctrina de la Corte, se ve claramente que en la citada sentencia acogió la generalizada distinción doctrinal entre culpa del servicio y culpa personal del empleado, para el efecto de hacer responsable a la Administración de las faltas cometidas por los funcionarios al cumplir sus deberes o tareas oficiales, y a éstos individualmente "por actividades ajenas a las funciones del servicio mismo o independientes de él".

Que cuando atropelló a N. N. el Agente Gómez no actuaba en desempeño de función alguna de carácter oficial, sino al contrario, por su propia cuenta, ocupándose en actividades del todo extrañas al servicio público, es cuestión que no ofrece duda alguna en los autos, ya que no solamente se servía del vehículo para menesteres estrictamente particulares, sino que se "evadió" del lugar donde debía permanecer por motivo del servicio que tenía el deber reglamentario de accionar. Sus actos no configuran, así, una falta del servicio por la cual éste deba responder, sino una falta personal que, contrariamente a lo que considera el Tribunal, compromete solamente la responsabilidad del empleado.

2. El punto de vista de la parte actora coincide con el de la Corte al resolver, en sentencia de veinte de febrero de mil novecientos cuarenta y cinco, un caso semejante al establecido en este juicio: una ambulancia de propiedad de un establecimiento público departamental arrolló un automóvil particular, causándole daños, por culpa del conductor, a quien no se le comprobó el carácter de empleado oficial, y la Sala de Negocios Generales dijo: La simple falta de documentos auténticos traídos al proceso sobre nombramiento y posesión de dicho empleado departamental, sólo podría lógicamente llevar a la conclusión de que la ambulancia del Departamento, que chocó con el carro del demandante (...), iba manejada por un extraño al servicio oficial del Departamento. Mas en tal supuesto la exención de responsabilidad de éste, se desplazaría en el sentido de tener que demostrar dicha entidad que tal extraño llegó a estar en aptitud de manejar dicha ambulancia, no obstante ser ella un bien departamental, y sin que se pudiera imputar al Departamento mismo culpa alguna por tal ocurrencia, culpa que desde luego consistiría en falta por parte del Departamento de la debida vigilancia de sus propios bienes departamentales; y, de manera especial, de uno de cuyo manejo y utilización es de peligrosidad notoria, cual acontece con la ambulancia mencionada". (G. J. LVIII, 789, 1ª).

Se pierde de vista el fallo apelado, que si bien

la jurisprudencia nacional no ha acogido la exclusión del daño indirecto —como sí lo han hecho en Francia las Cámaras Penales y en España el Tribunal Supremo—, sí exige, para el cumplimiento de las obligaciones que provienen de una acción culposa, que ésta sea la causa determinante del daño, es decir, que entre la producción del perjuicio y la conducta del Agente al cual se le atribuye exista conexión de tal naturaleza que de la realidad de esa conducta se llegue lógicamente al conocimiento del daño, lo que vale tanto como afirmar que el perjuicio puede provenir de una causa remota sin que por ello deje de ser responsable de él quien con su acto dio lugar a que se produjeran otros que directamente lo ocasionaron, pero a condición de que entre el primer hecho y el último exista una relación necesaria de causalidad, o como se expresa en la sentencia de la Corte de cinco de agosto de mil novecientos treinta y siete, que "no importa (...) que la causa del daño sea mediata o inmediata", pero sí que "ella concurra con igual fuerza **a producir la responsabilidad de quien, por su culpa, motivó la realización del perjuicio" (el subrayado de la Sala) (G. J. XLV, 421, 2ª). Para que la causa remota concurra a producir la responsabilidad "con igual fuerza" que la próxima es menester que entre ambas exista una relación necesaria de causalidad, relación que no se da cuando el daño puede ser atribuído a causa distinta de la indirecta o meramente ocasional, como ocurre en el caso contemplado en la sentencia de veinte de febrero de mil novecientos cuarenta y cinco, y en el a que se refiere este juicio, en los que es dable suponer la culpa o negligencia que se imputa al servicio, sin que de ello se siga como consecuencia lógica la producción del daño. Bien puede suponerse, en ambos casos, una conducta negligente o descuidada en el servicio, que permitió el uso abusivo de los vehículos, que los accidentes no se hubieran con todo producido sin las faltas cometidas por los conductores. Esta es la solución que, por lo demás, tiene más extendida aceptación en la doctrina, que por regla general exime la responsabilidad al dueño del automóvil robado, al que se asimila el usado contra la voluntad del propietario por su propio conductor, por los accidentes que provoque, y la que viene siendo acogida en los códigos civiles más modernos: el artículo 2054 del italiano de 1942, por ejemplo, que dispone en su inciso 3º que el propietario, usufructuario o adquirente, con pacto de reserva de un vehículo, es responsable con el conductor de los daños que cause "si no prueba que la circulación del vehículo ha tenido lugar contra su voluntad".**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, diez y ocho de octubre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo).

El dos de septiembre de mil novecientos cincuenta y dos Gregorio Gómez se encontraba desempeñando las tareas inherentes al cargo de Telefonista de la Estación 100 de Policía, en Bogotá, cuando a eso de las cinco de la mañana abandonó su puesto, y tomando abusivamente, sin motivo plausible ni autorización de nadie, el automóvil marca Mercury, de placas 0598 de Bogotá, que se hallaba en el patio de la mencionada estación, después de haber sido rescatado de un robo, salió "a dar unas vueltas". Aproximadamente a las seis menos cuarto de la mañana el vehículo, conducido por Gómez, arrolló, en la carrera 14 con la calle 10, a Alfonso Joya Joya en el momento en que éste, en uno de los andenes occidentales de la Avenida Caras, se proponía sujetarse un zapato, causándole lesiones de suma gravedad que le ocasionaron la muerte horas más tarde.

Los hechos referidos dieron lugar a que, en libelo presentado el tres de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco, los padres de la víctima del accidente, Rubén Joya e Isabel Joya, mayores de edad y vecinos de Jericó, Boyacá, ambos en su propio nombre, y el primero, además, en el de sus menores hijos, Arquimedes, Jesús, Luis Fernando, Silvio, Ligia y Mercedes, demandaran, por medio de apoderado, a la Nación, representada por el Agente del Ministerio Público, para que por la vía del juicio ordinario de mayor cuantía se pronunciaran en su favor las siguientes declaraciones:

Primera. Que la Nación es civilmente responsable, en virtud de culpa de empleados suyos, del accidente que causó la muerte de Alfonso Joya en la fecha y circunstancias que se dejan anotadas.

Segunda. Que consecuencialmente la Nación es civilmente responsable de la muerte del mencionado Joya.

Tercera. Que la Nación está obligada a pagar a los nombrados demandantes, en su condición de padres y hermanos legítimos de Alfonso Joya, la cantidad de cuarenta mil pesos moneda co-

rriente, suma en que estiman los perjuicios material y moral sufridos por ellos a partir de la muerte de aquél, o la que se fije por peritos.

En la relación fáctica de la demanda se invocan, además de los hechos ya referidos, las siguientes circunstancias: que cuando causó la muerte de Joya, el automóvil 0598 transitaba por la Avenida Caracas a excesiva velocidad; que el conductor no tenía pase o patente y carecía de pericia en la conducción de vehículos automotores; que al abandonar su puesto de trabajo no encontró obstáculo alguno que le impidiera hacerlo; que la Inspección 6ª de Circulación inició investigación criminal por el accidente, habiendo más tarde correspondido al Juzgado 4º Superior de Bogotá; que en la fecha del suceso el conductor Gómez ejercía el cargo de Agente de la Policía Nacional, y que el automóvil con que atropelló a Joya se encontraba, cuando esto ocurrió, al cuidado de la Estación 100 de la Policía Nacional y bajo su responsabilidad; que la víctima era trabajador de la firma Cuéllar, Serrano, Gómez, en la industria de fabricación de bloques de cemento, en Usaquén; que era, además, compañero de sus padres, quienes, con sus hermanos, sufrieron con su muerte la pérdida del apoyo moral y material que les prestaba, quedando, por otra parte, sumidos en estado de dolor que disminuyó sus capacidades física y moral; que Joya gozaba de muy buena salud, siendo, además, soltero, y que nació el 16 de julio de 1937; que era hijo y hermano legítimo de los demandantes.

En derecho, la demanda se apoya en los artículos 63 y 1494 del Código Civil, y en las disposiciones del título 34 del libro 4º de la misma obra.

Al contestarla, el señor Fiscal 3º del Tribunal de Bogotá se opone a la acción, manifestando además que, "en caso de que se condene a la Nación al pago de cualquier prestación, debe tenerse en cuenta para deducir en la debida oportunidad, cualquiera cantidad de dinero que se haya reconocido o podido reconocer a los demandantes por causa del accidente motivo de la demanda, y que se haya pagado por entidades oficiales".

El juicio fue fallado en sentencia de veinticinco de junio de mil novecientos sesenta, en la cual el Tribunal hizo las siguientes declaraciones:

"Primero. Declárase que la Nación (República de Colombia), es civil y directamente responsable, de los perjuicios materiales y morales que recibieron los señores Rubén Joya e Isabel de Joya, Arquimedes, Fernando y Silvio Joya Joya, con ocasión del trágico fallecimiento de su hijo y hermano Alfonso Joya, ocurrido el día dos de septiembre de 1952, en las circunstancias de tiempo y lugar de que se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

"Segundo. Condénase a la Nación (República de Colombia) a pagar a los señores Rubén Joya e Isabel Joya de Joya, la suma total de doce mil ciento ochenta y un pesos con cincuenta centavos ($ 12.181.50), por concepto de los perjuicios materiales y morales que se les causó con ocasión de la muerte de su hijo Alfonso, y a que se refiere la anterior declaración.

"Tercero. Condénase asimismo a la Nación (República de Colombia) a pagar a los señores Arquimedes, Fernando y Silvio Joya Joya la suma de un mil quinientos pesos ($ 1.500.00), para cada uno, por concepto del perjuicio moral subjetivo que les ocasionó la muerte de su hermano Alfonso, conforme a lo expuesto anteriormente.

"Cuarto. No hay lugar a condena por concepto de perjuicios materiales, en favor de los hermanos de la víctima; por lo cual, se absuelve a la Nación de los cargos respectivos".

En virtud de apelación interpuesta por ambas partes, se procede a revisar la sentencia anterior, agotada como se encuentra la tramitación de segunda instancia, en la cual la Nación estuvo representada por el señor Procurador Delegado en lo Civil.

Testigos presenciales del hecho en que perdió la vida Alfonso Joya Joya fueron Ambrosio Ramírez y Salvador Rodríguez, quienes en declaraciones rendidas, primero en la correspondiente investigación penal de la cual fueron trasladadas a estos autos, y luego en este juicio ante el Tribunal *a quo*, manifiestan, coincidentemente, que en la fecha ya antes mencionada, siendo aproximadamente las seis de la mañana, un automóvil que marchaba de norte a sur por la carrera catorce (Avenida Caracas) a gran velocidad, al llegar a la calle décima abandonó la calzada, se subió al andén y atropelló al mencionado Joya, que allí estaba amarrándose un zapato, causándole lesiones graves, a consecuencia de las cuales fue trasladado inmediatamente al Hospital San José, donde, dice Ramírez, falleció al día siguiente. De las diligencias sumarias adelantadas en averiguación del hecho que queda referido, que en copia expedida por el Juzgado Décimo Superior de Bogotá obran en los autos, resulta que el conductor del vehículo que causó el accidente fue el Agente de la Policía Nacional Gregorio Gómez Gómez.

El Jefe de la Estación 100 de la Policía da cuenta, por su parte, en certificación e informe que obran en autos, de que "los vehículos recuperados de robo por la Policía Nacional quedan en calidad de depósito a órdenes de la Estación 100, debidamente vigilados, y no pueden ser usados por nadie hasta tanto no sean entregados al dueño previa orden de la autoridad competente" (Cuad. 3º, fl. 28 vto.), y de que "el 2 de septiembre de 1952 Gregorio Gómez se encontraba desempeñando el cargo de Agente Telefonista de la Estación 100, de donde se evadió a las horas 05:30 del citado día, tomando sin permiso el automóvil placas número 0598 de Bogotá, el cual se encontraba a órdenes de la Estación 100 después de haber sido recuperado de un robo. El Agente Gregorio Gómez —agrega— no tenía autorización para manejar ninguna clase de vehículos automotores" (Cuad. 3º, fl. 44 vto.). La hoja de vida del mencionado Agente da razón, además, de que por Resolución expedida por el Comando de las Fuerzas de Policía el 9 de octubre de 1952, distinguida por el número 001948, aquél fue dado de baja, con fecha dos de septiembre, y nota de expulsión "por abuso de autoridad consistente en haber tomado un vehículo decomisado habiendo producido un accidente de circulación causando heridas de gravedad a un civil" (Cuad. 3º, fl. 6 vto. y 7 ste.).

1. El Tribunal de primer grado deduce la responsabilidad de la Nación de las faltas en que incurrió el Agente Gómez al "tomar el vehículo abusivamente de los patios de la Oficina de Circulación en donde se le mantenía en custodia, entregarse a su manejo, sin el pase o autorización que los reglamentos de tránsito exigen, y hacerlo, además, sin cuidarse de verificar previamente el estado de funcionamiento de la máquina que él desconocía, y cuyos frenos se encontraron luego en mal estado", fundado en que tales faltas comprometen la responsabilidad del Estado por aplicación de principios profesados por la Corte y expuestos en fallo de 21 de agosto de 1939, de la Sala de Casación Civil, en que ésta dijo que "no se puede ordinariamente aislar la culpa del funcionario encargado normalmente de accionar el servicio", por lo cual las cometidas por los empleados "generalmente son faltas del servicio público que comprometen la responsabilidad de la Administración". Pero al transcribir los anteriores conceptos el Tribunal inexplicablemente omite el que inmediatamente después expresa la misma providencia, así: "salvo, naturalmente, los casos de culpa personal del empleado que lo compromete individualmente por actividades ajenas a las funciones del servicio mismo o independiente de él" (G. J. XLVIII, 663, 2ª). Tomada sin mutilación la doctrina de la Corte, se ve claramente que en la citada sentencia acogió la generalizada distinción doctrinal entre *culpa del servicio* y *culpa personal del empleado,* para el efecto de hacer responsable a la Administración de las faltas cometidas por los funcionarios al cumplir sus deberes o tareas oficiales, y a éstos individualmente "por actividades ajenas a las funciones del servicio mismo o independientes de él".

Que cuando atropelló a N. N. el agente Gómez no actuaba en desempeño de función alguna de carácter oficial, sino al contrario, por su propia cuenta, ocupándose en actividades del todo extrañas al servicio público, es cuestión que no ofrece duda alguna en los autos, ya que no solamente se servía del vehículo para menesteres estrictamente particulares, sino que se "evadió" del lugar donde debía permanecer por motivo del servicio que tenía el deber reglamentario de accionar. Sus actos no configuran, así, una *falta del servicio* por la cual éste deba responder, sino una *falta personal* que, contrariamente a lo que considera el Tribunal, compromete solamente la responsabilidad del empleado.

2. Por su parte el representante judicial de los demandantes alega la negligencia o descuido del servicio, que en su opinión hizo posible el uso del automóvil por el Agente Gómez, y por ende, el suceso en que perdió la vida Alfonso Joya.

El punto de vista de la parte actora coincide con el de la Corte al resolver, en sentencia de veinte de febrero de mil novecientos cuarenta y cinco, un caso semejante al establecido en este juicio: una ambulancia de propiedad de un establecimiento público departamental arrolló un automóvil particular, causándole daños; por culpa del conductor, a quien no se le comprobó el carácter de empleado oficial, y la Sala de Negocios Generales dijo: "La simple falta de documentos auténticos traídos al proceso sobre nombramiento y posesión de dicho empleado departamental, sólo podría lógicamente llevar a la conclusión de que la ambulancia del Departamento, que chocó con el carro del demandante (...), iba manejada por un extraño al servicio oficial del Departamento. Mas en tal supuesto la exención de responsabilidad de éste se desplazaría en el sentido de tener que demostrar dicha entidad que tal extraño llegó a estar en aptitud de manejar dicha ambulancia, no obstante ser ella un bien departamental, y sin que se pudiera imputar al Departamento mismo culpa alguna por tal ocurrencia, culpa que desde luego consistiría en falta por parte del Departa-

mento de la debida vigilancia de sus propios bienes departamentales; y, de manera especial, de uno de cuyo manejo y utilización es de peligrosidad notoria, cual acontece con la ambulancia mencionada'' (G. J. LVIII, 789, 1ª).

Se pierde de vista en este fallo que si bien la jurisprudencia nacional no ha acogido la exclusión del daño indirecto —como sí lo han hecho en Francia las Cámaras Penales y en España el Tribunal Supremo—, sí exige, para el cumplimiento de las obligaciones que provienen de una acción culposa, que ésta sea la causa determinante del daño, es decir, que entre la producción del perjuicio y la conducta del Agente al cual se le atribuye exista conexión de tal naturaleza que de la realidad de esa conducta se llegue lógicamente al conocimiento del daño; lo que vale tanto como afirmar que el perjuicio puede provenir de una causa remota sin que por ello deje de ser responsable de él quien con su acto dio lugar a que se produjeran otros que directamente lo ocasionaron, pero a condición de que entre el primer hecho y el último exista una relación necesaria de causalidad, o como se expresa en la sentencia de la Corte de cinco de agosto de mil novecientos treinta y siete, que ''no importa (...) que la causa del daño sea mediata o inmediata'', pero sí que ''ella concurra *con igual fuerza* a producir la responsabilidad de quien, por su culpa, motivó la realización del perjuicio'' (el subrayado de la Sala). (G. J. XLV, 421, 2ª). Para que la causa remota concurra a producir la responsabilidad ''con igual fuerza'' que la próxima es menester que entre ambas exista una relación necesaria de causalidad, relación que no se da cuando el daño puede ser atribuído a causa distinta de la indirecta o meramente ocasional, como ocurre en el caso contemplado en la sentencia de veinte de febrero de mil novecientos cuarenta y cinco, y en el a que se refiere este juicio, en los que es dable suponer la culpa o negligencia que se imputa al servicio sin que de ello se siga como consecuencia lógica la producción del daño. Bien puede suponerse, en ambos casos, una conducta negligente o descuidada en el servicio, que permitió el uso abusivo de los vehículos, que los accidentes no se hubieran con todo producido sin las faltas cometidas por los conductores. Esta es la solución que, por lo demás, tiene más extendida aceptación en la doctrina, que por regla general exime de responsabilidad al dueño del automóvil robado —al que se asimila el usado contra la voluntad del propietario por su propio conductor— por los accidentes que provoque, y la que viene siendo acogida en los códigos civiles más modernos: el artículo 2054 del italiano de 1942, por ejemplo, dispone en su inciso 3º que el propietario, usufructuario o adquirente, con pacto de reserva de un vehículo, es responsable con el conductor de los daños que cause ''si no prueba que la circulación del vehículo ha tenido lugar contra su voluntad''.

En el caso que se decide no se observa relación necesaria de causa a efecto entre el hecho del servicio (supuesto, como que tampoco se halla demostrado en los autos) y el accidente producido por la conducta del Agente Gómez, único *id quo aliquid fit* de la muerte de Joya, por lo cual la Nación ha de ser eximida de la responsabilidad que se le imputa.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la sentencia pronunciada en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el veinticinco de junio de mil novecientos sesenta, y en su lugar absuelve a la Nación de los cargos formulados en la demanda.

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

Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR OCUPACION TEMPORAL DE UN INMUEBLE PARTICULAR POR EL EJERCITO, POR RAZONES DE ORDEN PUBLICO. COMPETENCIA ORDINARIA Y COMPETENCIA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. PRESUPUESTO PROCESAL DE COMPETENCIA

Dada la naturaleza del hecho u operación, ¿a qué entidad jurisdiccional corresponde el conocimiento del presente litigio, o sea, si a la justicia ordinaria o a la de lo contencioso administrativo?

La ocupación temporal del inmueble el "Cedrito" o "Los Pomarrosos", de propiedad del demandante, por razones de orden público, no puede resolverse mediante la aplicación de las disposiciones contenidas en el Título 34, Libro 4º del Código Civil, pues no se trata de un delito ni de una culpa, imputable a un funcionario del Estado, sino de un hecho u operación netamente administrativa, en cuanto se encaminaba al restablecimiento del orden público perturbado, primordial deber de todo gobierno, que en tales casos se halla en la necesidad de actuar por medio del ejército.

El Tribunal considera en la sentencia apelada que corresponde a la justicia ordinaria el conocimiento de este litigio; y al efecto, apoya su opinión en la sentencia de fecha 2 de octubre de 1947 (G. J., Tomo LXIII, pág. 477), en la cual en términos generales, únicamente excluye del conocimiento de la jurisdicción ordinaria, común o civil, los actos administrativos, conforme al artículo 67 de la Ley 167 de 1941, en cuanto por medio de ellos "se creen, modifiquen o extingan situaciones particulares o concretas de derecho en perjuicio de un particular"; sin embargo, junto al artículo citado está el 68 del Código Contencioso Administrativo, que dispone: "También puede pedirse el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa. En este caso no será necesario ejercitar la acción de nulidad, sino demandar directamente de la Administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes".

Si además se tiene en cuenta el artículo 66 del mismo Código, los interesados tienen tres acciones para hacer valer ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a saber: la que tiene "toda persona" para demandar la declaración de nulidad de todos los actos administrativos de carácter objetivo, con el fin de guardar el orden legal, que no conlleva, en forma directa, un interés económico particular, sino el general ya dicho de conservar la legalidad, como cuando se demanda la nulidad de un acuerdo, ordenanza o decreto por violación de normas superiores.

La acción denominada de plena jurisdicción, consagrada en el artículo 67 del Código Contencioso Administrativo, tiene una doble finalidad: la anulación del acto irregular y, luego, el restablecimiento del derecho violado, como consecuencia de aquélla, todo lo cual presupone un acto administrativo particular en cuanto desconoce una situación subjetiva del damnificado, como cuando se destituye a un empleado escalafonado sin llenar previamente los requisitos legales, o se lo despide antes de vencerse el período para el cual fue designado; y en estos casos, declarada la nulidad del acto irregular, los damnificados serían restablecidos en el cargo antes desempeñado, con el consiguiente pago de los sueldos y prestaciones dejados de percibir por el despido intempestivo, según ordenamiento proferido en el mismo fallo.

Asimismo, la acción de plena jurisdicción, según la norma citada, procede contra los actos administrativos que violen un derecho civil o subjetivo, como cuando un Concejo, mediante acuerdo, decreta irregularmente una expropiación o establece una servidumbre de tránsito sobre un fundo particular, pues ninguno de estos

actos, por lo menos antes de ejecutarse, podrían ser acusados ante la jurisdicción civil.

Ahora, como no solamente mediante los actos o declaraciones de voluntad de la Administración pueden ser violados los derechos subjetivos, el artículo 68 del mismo Código dispone que "también puede pedirse el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa. En este caso no será necesario ejercitar la acción de nulidad, sino demandar directamente de la Administración las indemnizaciones corrrespondientes".

Competencia. Conferidas por la ley las acciones por actos, hecho y operaciones de la Administración, según las disposiciones antes citadas (arts. 66, 67, 68 del C. C. A.), de determinar a qué entidad le está atribuído el conocimiento de estas contenciones, que no pueden quedar sin Juez para resolverlas en forma definitiva o con autoridad de cosa juzgada.

"En efecto, el artículo 55 de la actual Constitución trata de las ramas del Poder Público, entre las cuales menciona la jurisdiccional, término que sustituye al de poder u órgano judicial, con el fin de introducir una sustancial reforma, no sólo en cuanto al uso de los vocablos poder, órgano o rama, sino en cuanto, en lugar de hablar de la rama Judicial, se refiere a la Jurisdiccional, con el objeto de significar un género, integrado por varias jurisdicciones, entre las cuales, por ejemplo, se incluye la judicial u ordinaria, contencioso-administrativa, laboral, militar, aduanera, etc.

"La rama jurisdiccional, como parte integrante del Poder Público, asume la función o poder de decidir las controversias que se susciten en la aplicación práctica del derecho, respecto de pretensiones inciertas o debatidas o insatisfechas entre las partes litigantes, con el fin de que el respectivo fallo haga tránsito a cosa juzgada, pues no sería de recibo, dentro de un estado de derecho, la sucesión indefinida de los pleitos, menos la intervención de distintas jurisdicciones en los negocios ya resueltos por otra, en forma independiente de la respectiva jerarquía o competencia funcional.

"Entendida la jurisdicción en este sentido, según lo anotan algunos autores, corresponde a un poder-deber del Estado, en contraposición al poder-derecho que asiste a las partes de ocurrir a los respectivos órganos oficiales, mediante el ejercicio de la respectiva acción, con el objeto de obtener una permanente y definitiva resolución de los conflictos o controversias suscitadas entre particulares, o de éstos con la administración nacional, departamental, municipal, sin excluír las personas administrativas autónomas.

"Los artículos 142 y 471 del Código Judicial, como el 1º de la Ley 167 de 1941, se refieren a la jurisdicción como poder o función, emanada directamente de la soberanía, en relación con un grupo de controversias, consideradas in genere o en abstracto en el numeral 3º del artículo 141 de la Constitución, en cuanto atañe al Consejo de Estado como 'Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo'; y en cuanto a la Corte, sin restricción alguna respecto de la materia, según el ordinal 4º del artículo 151, pues dice: 'las demás que les señalen las leyes' (art. 52 del Acto legislativo número 1º de 1945); por tanto, se dejó a la libre determinación del legislador el señalamiento de las materias cuyo conocimiento, por mandato legal, debe avocar la Corte, en única instancia o en segunda, o bien como Tribunal de Casación Civil, Penal, Laboral, Militar, Aduanera, etc." (auto de 11 de mayo de 1960, G. J., T. XCII, Nos. 2225-2226, págs. 1148 a 1149).

El artículo 137 de la Constitución Nacional dispone que el Consejo de Estado se dividirá en Salas o Secciones con el objeto de "separar las funciones que le competen como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, de las demás que le asignen la Constitución y la ley".

En el inciso 2º del mismo artículo se lee: "La ley señalará las funciones de cada una de las Salas o Secciones...", a la par que el ordinal 3º del artículo 141, le adscribe "las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, conforme a las reglas que señale la ley".

Por tanto, según el artículo 55 de la Constitución Nacional, el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos quedaron incorporados a la rama jurisdiccional del Poder Público, con jurisdicción para conocer, de acuerdo con los artículos 137 y 141 de la Constitución Nacional, entre otros, de los asuntos contenciosos administrativos; pero la jurisdicción en concreto, vale decir, en cuanto atañe a la competencia funcional, la dejó al cuidado del legislador, porque "la ley señalará las funciones de cada una de las Salas o Secciones...", ya que la Constitución no las especificó ni podía hacerlo, pues no es del todo fácil definir en una norma general, con absoluta claridad y acierto, las materias propias de la jurisdicción de lo contencioso administra-

tivo, en forma tal que quedara establecida la línea divisoria con la civil o común.

Si la Constitución Nacional no se remitió a la doctrina y a los principios científicos y técnicos, para definir o especificar los asuntos propios de cada una de las memoradas jurisdicciones, la civil y la de lo contencioso administrativo, sino que encomendó o atribuyó tal facultad a la ley, debe estarse a las normas dictadas o que dicte el legislador para determinar en cada caso la competencia de cada una de ellas; y así, por ejemplo, mientras la ley no disponga lo contrario, el conocimiento de los litigios sobre toda clase de contratos, celebrados por el Estado, serán de competencia civil, o sea, de la Sala de Negocios Generales de la Corte, en obedecimiento al artículo 40 del Código Judicial, en armonía con el artículo 2º de la Ley 67 de 1943, aun cuando por el contenido y la finalidad se trate de contratos netamente administrativos.

Como con posterioridad al Acto legislativo número 1º de 1945 no se ha dictado ninguna disposición legal, con el objeto de reglamentar la competencia de cada una de las jurisdicciones, debe aplicarse las normas contenidas en la Ley 167 de 1941, como el artículo 34, en el cual se lee: "Conoce privativamente y en una sola instancia el Consejo de Estado de los siguientes negocios: '1º De las contenciones sobre suministros, empréstitos y expropiaciones en tiempo de guerra' ".

Como el memorado artículo no indicaba cuál de las Salas del Consejo de Estado conocería de los negocios adscritos, el artículo 11 del Decreto 4120 de 1949 dispuso: "Son atribuciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo:

"Desempeñar las funciones que al Consejo de Estado corresponde como Tribunal Supremo de lo contencioso administrativo, en los términos del numeral 3º del artículo 141 de la Constitución. En consecuencia, decidirá en única instancia de las cuestiones planteadas en los numerales 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 y 11 del artículo 34 de la Ley 167 de 1941;

"En segunda instancia resolverá las apelaciones interpuestas contra las providencias dictadas por los Tribunales Administrativos, con excepción de las atribuídas a la Sala de Negocios Generales por el ordinal 3º del artículo décimo del presente Decreto".

El primer numeral del artículo 34 debe relacionarse con el artículo 33 de la Constitución Nacional, que dice: "En caso de guerra, y sólo para atender al restablecimiento del orden público, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por autoridades que no pertenezcan al orden judicial y no ser previa la indemnización.

"En el expresado caso la propiedad inmueble sólo podrá ser temporalmente ocupada, ya para atender a las necesidades de la guerra, ya para destinar a ella sus productos, como pena pecuniaria impuesta a sus dueños conforme a las leyes.

"La Nación será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno haga, por sí o por medio de sus agentes".

Caso sub judice. De acuerdo con los hechos y las pruebas antes mencionadas, no puede remitirse a duda que se trata de una ocupación temporal de la propiedad inmueble, con el objeto de restablecer el orden público que se declaró turbado y en estado de sitio toda la República, mediante el ejercicio de la facultad que confería al Ejecutivo el artículo 121 de la Constitución Nacional; por consiguiente, el conocimiento del presente negocio le corresponde a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de acuerdo con las normas que regulan su competencia funcional, en cuanto a la ocupación temporal del predio nominado "El Cedrito" o "Los Pomarrosos", y de las requisiciones a que alude el actor en la demanda, sobre pastos, maderas, leña, etc.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veinticinco de octubre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña).

El apoderado del doctor Pablo A. Vaca Torres demandó al Estado con el objeto de que, en la sentencia definitiva, se hicieran las declaraciones y condenas que se sintetizan a continuación, dejando para el lugar adecuado los hechos en ellas contenidos:

I. *Demanda.* "Primera. Que la Nación colombiana es civilmente responsable de los perjuicios materiales y morales objetivados (sic) que el Ejército Nacional" ocasionó al doctor Pablo A. Vaca Torres por la ocupación temporal de la totalidad de su hacienda denominada "El Cedrito", ubicada en el Municipio de Miraflores, Departamento de Boyacá, por las lindes descritas en el hecho 1º, durante el tiempo corrido "desde mediados del año de 1949 hasta el 20 de agosto de 1957, en que el Comandante del Destacamen-

to Táctico de Miraflores, en oficio número BR I/DTM, resolvió poner la finca a disposición del doctor Vaca Torres, por no necesitarla el Ejército".

Segunda. Que, en consecuencia, se condene al Estado a pagarle al doctor Pablo A. Vaca Torres, dentro del plazo señalado en la sentencia, la cantidad de $ 146.000.00, en que estima los perjuicios causados, según descripción hecha en esta súplica; o bien la suma que se determine en el curso del juicio mediante estimación efectuada por peritos.

Los hechos básicos de las anteriores súplicas son los siguientes, en lo sustancial:

En el 1º afirma la propiedad del actor sobre el inmueble nominado "El Cedrito" o "Los Pomarrosos", ubicado en el Municipio de Miraflores, cuyas lindes describe en este hecho, dividido "en potreros, sembraderos y montañas".

En el 3º afirma que la finca de propiedad del demandante fue ocupada de hecho, sin su voluntad, por el Ejército desde el año de 1949 hasta el 20 de agosto de 1957, para mantener, en forma permanente, más de cien cabezas, aprovechar los pastos, maderas, leña, a más de la destrucción de las cercas, casa de la finca, etc., sin permitirle el oportuno cultivo de las tierras;

"5º El doctor Pablo A. Vaca Torres solicitó en el año de 1953, del señor Comandante de las Fuerzas Militares, el pago de los cánones de arrendamiento de la finca que ha venido siendo ocupada por el Ejército con ganado caballar y mular, y lo mismo solicitó en el año de 1955 al Comando del Destacamento Táctico de Upía, sin que se le hubiera contestado cosa alguna al respecto.

"6º A principios del año de 1956, por nueva gestión adelantada por el doctor Vaca Torres, obtuvo éste que el Comandante del citado Destacamento Táctico de Upía firmara un contrato de arrendamiento, por sextuplicado, correspondiente al año de 1956, contrato que todavía no ha sido legalizado.

"7º El Comandante del Destacamento Táctico de Upía manifestó a mi mandante, doctor Vaca Torres, su deseo de formalizar contrato de arrendamiento sobre la citada finca 'El Cedrito' o 'Los Pomarrosos', para forraje del ganado caballar y mular del puesto de 'Los Pomarrosos', pero ello no se cumplió formalmente.

"8º El Comandante del Destacamento con sede en Miraflores solicitó de mi mandante, doctor Vaca Torres, le diera unos rollos de alambre el día 26 de abril del año de 1957, con el fin de cercar parte de los potreros, rollos de alambre que suministró mi mandante, no obstante de que nada le habían pagado por la ocupación de su finca y de que le habían destruído todos los cercos.

"9º Los terrenos que comprenden la finca 'El Cedrito' o 'Los Pomarrosos' fueron, pues, tomados por el Ejército Nacional, sin consentimiento de mi mandante, doctor Vaca Torres, desde mediados del año de 1949, y en ellos las Fuerzas Armadas de la Nación construyeron algunas casas y puestos de observación que luego levantaron, y los potreros y sembraderos y montañas existentes en dichos terrenos fueron usufructuados por unidades del Ejército Nacional, desde mediados del año de 1949 hasta el 20 de agosto del año de 1957, en que el Comandante del Destacamento Táctico de Miraflores, en oficio número BR I/DTM, dispuso ponerlos a disposición de mi mandante, doctor Vaca Torres, por no necesitarlos.

"10. Sin indemnización de ninguna especie, el Ejército Nacional devolvió al doctor Vaca Torres la finca 'El Cedrito' o 'Los Pomarrosos', después de haberla usufructuado a su antojo desde mediados del año de 1949 hasta el 20 de agosto de 1957, de haberle arrasados los pastos y la montaña, destruídos los cercos y quemándole las casas.

"11. Es, pues, evidente que a mi mandante se le han causado perjuicios de consideración en su propiedad inmueble, ya mencionada, los cuales deberán serle indemnizados, con justicia y equidad, por la Nación demandada, a cuyo nombre obró y obra el Ejército Nacional" (fs. 5 a 6, C. No. 1º).

"En derecho apoyo esta acción —dice el actor—, en los artículos 16, 20 y 30 de la Constitución Nacional, artículos 2341, 2342, 2358 y demás concordantes del Código Civil, Título 18, Libro 2º del Código Judicial, artículo 76, inciso 1º del mismo Código Judicial, y en la sana y abundante jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia, sobre responsabilidad indirecta de las entidades de derecho público, por hechos o culpas de sus agentes" (fs. 6 a 6 vto. ib.).

El Fiscal 2º del Tribunal Superior de Bogotá, en representación del Estado, contestó la demanda así:

"Me opongo —en general— a que se hagan las declaraciones que se impetran en el libelo por ignorar absolutamente la relación o nexo de causalidad capaz y suficiente de comprometer civil-

mente a la Nación respecto de los hechos puntualizados en la demanda.

"En efecto:

"Desconozco totalmente las circunstancias sustanciales —objetivas y subjetivas— en que el Ejército Nacional, por intermedio del Destacamento Táctico de Upía, ocupara la hacienda denominada 'El Cedrito', situada en el Municipio de Miraflores, Departamento de Boyacá, que se dice de propiedad del doctor Pablo A. Vaca Torres, con el consiguiente perjuicio que éste reclama, así como la duración del tiempo en que la supuesta ocupación acaeció" (fs. 10 y 11 ib.).

Los hechos los negó o exigió que se diera la prueba legal, dentro del plazo respectivo.

II. *Sentencia de primera instancia.* Agotada la primera instancia, practicadas las pruebas pedidas por la parte demandante y cumplidas en forma normal las demás actuaciones, el Tribunal Superior de Bogotá dictó la sentencia de fecha 30 de septiembre de 1961, en la que "... condena a la Nación, República de Colombia, como civilmente responsable, a pagar al demandante, doctor Pablo A. Vaca Torres, el valor de los perjuicios materiales, lucro cesante y daño emergente, que le causó, con la ocupación por el Ejército Nacional de su finca de 'Los Pomarrosos' o 'El Cedrito', en jurisdicción del Municipio de Miraflores, durante el lapso de ocho años, corridos de mediados de 1949 al 20 de agosto de 1957.

"El valor de tales perjuicios se determinará mediante el incidente de que trata el artículo 553 del Código Judicial, y teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

"No hay lugar a hacer declaración alguna sobre perjuicios morales objetivados, y por ello se absuelve a la Nación de los cargos que este extremo de la demanda pudiera comportar" (fs. 25 a 25 vto. ib.).

El Tribunal, con el objeto de poner de manifiesto que se han cumplido los presupuestos procesales, en especial el de competencia por razón de la materia, se expresa en esta forma:

"Los presupuestos o elementos procesales que son necesarios a la viabilidad de las acciones —competencia, demanda en forma, y capacidad para ser parte— no ofrecen para el caso de esta controversia deficiencia o irregularidad alguna, susceptible de impedir su conocimiento y decisión de fondo. Pues aun cuando respecto del primero, o sea, de la competencia de jurisdicción, algunos han entendido reservada a la Justicia Administrativa las que se originan en el *hecho* de la Administración, hoy no es dudoso, a través de la distinción que numerosas doctrinas de la Corte y de los Tribunales han encontrado entre el *acto* y el *simple hecho* administrativo, la que privativamente le corresponde a la justicia civil ordinaria, personalizadas para casos como el presente por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, sobre las que, con causa distinta a la ocupación temporal de inmuebles por trabajos públicos, se originan en el *simple hecho* de la administración. Sobre el particular se expresa así la Corte en sentencia de fecha dos de octubre de 1947:

" 'a) Los actos jurídicos de la administración —entendiéndose como tales todas aquellas manifestaciones de voluntad generadoras de un efecto de derecho— son susceptibles de provocar el contencioso subjetivo, el cual se desenvuelve procesalmente en la acción de plena jurisdicción, encaminada a reparar el daño patrimonial causado por el acto jurídico expedido por la administración irregularmente, en su esencia o en su forma (art. 67 de la Ley 167 de 1941). El dominio de este sistema de acciones reparatorias abarca todo el conjunto de los actos jurídicos unilaterales de los agentes públicos, cualquiera que sea la denominación que en el lenguaje de la ley o de la técnica administrativa se asigne a estas manifestaciones de voluntad, siempre, eso sí, que por medio de ellas se creen, modifiquen o extingan situaciones particulares o concretas de derecho en perjuicio de un particular.

" 'b) De esta regla quedan exceptuados los actos jurídicos de la administración de naturaleza contractual, los cuales sólo originan acciones civiles y están ligados a la competencia privativa de los Tribunales comunes. El contencioso de contratos pertenece de modo invariable a los Jueces ordinarios, ya que se trata de pactos civiles o administrativos.

" 'c) Por regla general originan también acciones de derecho común todos los actos materiales constitutivos de delitos o culpas de los agentes públicos administrativos que causen daño a una persona, conforme al Título 34 del Código Civil.

" 'd) Solamente una clase o especie de hechos materiales ejecutados por los agentes de la administración se sustraen al imperio de esta regla, y son los causados con ocasión de trabajos públicos cuando con ellos se ocupa o daña una propiedad ajena'. (G. J., T. LXIII-Bis, Nos. 2055/56, pág. 477)" (fs. 20 vto. a 21 ib.).

Dilucidado, en concepto del Tribunal, el punto sobre la competencia, pasa a estudiar la natura-

leza de la acción, o mejor, la pretensión de la parte actora, para distinguir entre la responsabilidad del Estado por razón de la culpa puramente civil "y la de orden administrativo que se origina en actos de imperio o autoridad", al efecto dice textualmente:

"Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se ha dejado plenamente establecido la distinción o diferencia que en sus fundamentos de culpa, daño y vínculo de causalidad entre la culpa y el daño, estructuran la responsabilidad puramente civil, y la de orden administrativo que se origina en actos de imperio o autoridad, como los de ocupación de la propiedad para un trabajo público, o para mantener el orden, y en los cuales no entra para nada el carácter delictuoso o de culposos de los hechos materiales originarios del perjuicio. Al damnificado sólo le basta acreditar el daño que ha recibido con el hecho mismo de la ocupación, para que tenga derecho a la indemnización respectiva. Constituye este contencioso, según palabras de la Corte en el fallo antes mencionado, 'una categoría especial de la responsabilidad extracontractual de las personas públicas que es de naturaleza esencialmente objetiva, por oposición al carácter subjetivo de la puramente civil. En éste, el elemento preponderante es la culpa —la acción culposa—, en tanto que en aquélla lo es el daño —la acción perjudicial— y la consiguiente obligación reparatoria impuesta a la administración' " (fs. 21 a 21 vto. ib.).

El Procurador 2º Delegado en lo Civil, en su vista de fondo, expone en lo sustancial:

"...; la expropiación no se ha presentado en el caso presente, sino más bien existió la ocupación temporal como se ha dicho. Claro está que el Ejército Nacional obró en principio en esta ocupación por el interés público, en mira al restablecimiento del orden perturbado gravemente, en prestación de un servicio el de la defensa nacional y de restablecimiento y guarda de la tranquilidad nacional. Esto es, en un estado de necesidad pública.

"Pero los hechos perjudiciales cometidos con ocasión de esa ocupación temporal de la propiedad inmueble particular, no inherente a la misma ocupación, como son la destrucción de la casa de habitación, en lugar de servirse de ella precisamente en los fines a que estaba destinada, o la destrucción de cercados, son hechos cuya comisión implica reparación forzosa de los daños que ocasionaron. Hay otros hechos en el caso de autos, como el corte de maderas del monte de la finca para proveerse de combustible para la cocción de alimentos de la tropa, o el empleo de los pastos de la finca para forrajes de las caballerías del Ejército, que claramente los determinaba la necesidad. Es muy borrosa la línea que determine la necesidad forzosa de la destrucción de la casa de habitación o la de los cercados de los potreros, deslindándola de la simple comisión de hechos dañinos. Mas unos y otros hechos inciden por uno u otro camino en la necesidad y conveniencia de la reparación al particular de los perjuicios sufridos. Amén de lo que dejó de percibir al verse privado de la posesión, ocupación y usufructo del inmueble por la sola ocupación militar durante varios años.

"Las citas hechas por el Tribunal de apartes de las obras de los distinguidos autores nacionales doctor Tulio Enrique Tascón y doctor Alvaro Copete Lizarralde, son oportunas y precisas al caso.

"No puede aplicarse al presente juicio lo establecido en el Título 34 del Libro 4º del Código Civil (artículos 2341 a 2360), que consagra el derecho a la indemnización de perjuicios por culpa o dolo, puesto que en estos casos el elemento subjetivo no se presenta, aunque de la redacción de los hechos *causa petendi* en la demanda se atribuya a los elementos del contingente del Ejército Nacional la comisión de hechos personales. Pero como éstos fueron determinados en una necesidad pública, la restauración del orden que forzó a la ocupación temporal de la finca del demandante, y de ésta se derivaron como consecuencia lógica aquéllos, como actos forzosos impulsados por esa necesidad superior, la responsabilidad que traen aparejada y la posible obligación de reparar los perjuicios es más bien objetiva, directa, sin contribución del elemento subjetivo de la culpa o el dolo civil, que está así excluído.

"Está amparada la responsabilidad y obligación de resarcir el daño en las normas constitucionales de los artículos 16, 20, 30 y 33 de la Carta Fundamental, que invocó el actor en su libelo. Responsabilidad directa y objetiva en los casos en que cabe alegarla en favor del particular y a cargo del Estado.

"Tampoco se trata de indemnización por los perjuicios sufridos con causa en la ocupación temporal del inmueble de propiedad privada previstos en el Capítulo XXII de la Ley 167 de 1941 (Código Contencioso Administrativo), puesto que la ocupación ejercitada temporalmente por el destacamento militar en la finca del demandante, no se originó en un trabajo público. Las casas y puestos de observación que luego de haberlos construído y utilizado levantó nue-

vamente el Ejército (hecho 9º de la demanda), no constituyen en forma alguna una obra pública, las cuales tienen un carácter más permanente, y su destinación intrínseca en la generalidad de los casos es para utilizarla en servicios públicos continuos, no de corto tiempo y aprovechamiento pasajero'' (fs. 13 y 14, C. No. 3º).

Como consecuencia, el Procurador Delegado ''no ve obstáculo legal para que la sentencia de primera instancia proferida en este asunto se confirme en todas sus partes''.

III. *Cuestiones de hecho.* Expuesta la situación jurídica del problema en la forma considerada por el Tribunal y por el Procurador, no cabe duda alguna que, en cuanto a los hechos, no existe contradicción alguna, por cuanto en forma evidente se destaca que la hacienda del actor fue ocupada por un destacamento del Ejército Nacional, en forma temporal, por razones de orden público, porque, a más de los testigos citados en la sentencia, así se deduce con plena claridad de los siguientes apartes de los oficios presentados con la demanda.

En el oficio número 2058 de 24 de septiembre de 1957, suscrito por el Jefe de los Servicios del Comando del Ejército y dirigido al doctor Pablo A. Vaca Torres, se lee en el primer ordinal:

''1º Desde 1949 a 1953 no se encuentra constancia alguna en que usted hubiera hecho algún reclamo, y considero que no lo haya hecho puesto que su finca se encuentra ubicada dentro de la zona de combate que era necesario ocupar en pro del orden y la defensa de la población'' (f. 2, C. No. 1º).

En los otros numerales, la nota se refiere a inquirir la razón por qué cobra cánones de arrendamiento por todo el año de 1949, una vez que la finca ha sido ocupada desde mediados del dicho año; por qué no los cobra en relación con los años de 1956 y 1957, y, en fin, ''se le informa que se dio traslado de su solicitud al señor Coronel Comandante de la Primera Brigada'' para el pago de pastajes por el Destacamento de Miraflores, si fuere el caso.

El oficio número BR I/DTM de 20 de agosto de 1957 está firmado por el Teniente Comandante del Destacamento de Miraflores, y dirigido al doctor Pablo A. Vaca Torres, en el cual se lee: ''Con el presente informo al señor doctor que en la fecha puede disponer de sus fincas denominadas 'Los Pomarrosos', ya que este Comando no las necesita. Si usted estima conveniente, el Sargento Torres viajará a ésa con el fin de hacerle entrega formal. Se le manifiesta al señor doctor que el Comando del Destacamento cobrará las mejoras hechas por el Ejército en dicha finca desde los años de 1949 hasta la fecha'' (f. 3 ib.).

Así, pues, no puede remitirse a duda alguna que el inmueble de propiedad del actor fue ocupado, en forma temporal, por un destacamento del Ejército, con el fin de restablecer el orden público perturbado, no sólo de hecho, sino que así se reconoció mediante el Decreto 3518 de 9 de noviembre de 1949, que declaró el estado de sitio en todo el territorio nacional, levantado parcialmente por el Decreto número 321 de 27 de agosto de 1958 y, en forma completa, por el Decreto número 20 de 31 de diciembre de 1961, en cuyo artículo 1º se dispuso: ''A partir del primero de enero de 1962 declárase restablecido el orden público en todo el territorio nacional, y, en consecuencia, levántase el estado de sitio que ha venido rigiendo'' (D. O. No. 30700).

IV. *Las acciones.* Dada la naturaleza del hecho u operación, ¿a qué entidad jurisdiccional corresponde el conocimiento del presente litigio, o sea, si a la justicia ordinaria o a la de lo contencioso administrativo?

La ocupación temporal del inmueble ''El Cedrito'' o ''Los Pomarrosos'', de propiedad del demandante, por razones de orden público, no puede resolverse mediante la aplicación de las disposiciones contenidas en el Título 34, Libro 4º del Código Civil, pues no se trata de un delito ni de una culpa, imputable a un funcionario del Estado, sino de un hecho u operación netamente administrativa, en cuanto se encaminaba al restablecimiento del orden público perturbado, primordial deber de todo gobierno, que en tales casos se halla en la necesidad de actuar por medio del Ejército.

El Tribunal considera en la sentencia apelada que corresponde a la justicia ordinaria el conocimiento de este litigio; y al efecto apoya su opinión en la sentencia de fecha 2 de octubre de 1947 (G. J., Tomo LXIII, pág. 477), en la cual, en términos generales, únicamente excluye del conocimiento de la jurisdicción ordinaria, común o civil, los actos administrativos, conforme al artículo 67 de la Ley 167 de 1941, en cuanto por medio de ellos ''se creen, modifiquen o extingan situaciones particulares o concretas de derecho en perjuicio de un particular''; sin embargo, junto al artículo citado está el 68 del Código Contencioso Administrativo, que dispone: ''También puede pedirse el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa. En este caso no será necesario ejercitar la acción de nulidad, sino demandar directamente de la Admi-

nistración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes''.

Si además se tiene en cuenta el artículo 66 del mismo Código, los interesados tienen tres acciones para hacer valer ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a saber: la que tiene ''toda persona'' para demandar la declaración de nulidad de todos los actos administrativos de carácter objetivo, con el fin de guardar el orden legal, que no conlleva, en forma directa, un interés económico particular, sino el general ya dicho, de conservar la legalidad, como cuando se demanda la nulidad de un acuerdo, ordenanza o decreto por violación de normas superiores.

La acción denominada de plena jurisdicción, consagrada en el artículo 67 del Código Contencioso Administrativo, tiene una doble finalidad: la anulación del acto irregular y, luego, el restablecimiento del derecho violado, como consecuencia de aquélla, todo lo cual presupone un acto administrativo particular en cuanto desconoce una situación subjetiva del damnificado, como cuando se destituye a un empleado escalafonado sin llenar previamente los requisitos legales, o se lo despide antes de vencerse el período para el cual fue designado; y en estos casos, declarada la nulidad del acto irregular, los damnificados serían restablecidos en el cargo antes desempeñado, con el consiguiente pago de los sueldos y prestaciones dejados de percibir por el despido intempestivo, según ordenamiento proferido en el mismo fallo.

Asimismo, la acción de plena jurisdicción, según la norma citada, procede contra los actos administrativos que violen un derecho civil o subjetivo, como cuando un Concejo, mediante Acuerdo, decreta irregularmente una expropiación o establece una servidumbre de tránsito sobre un fundo particular, pues ninguno de estos actos, por lo menos antes de ejecutarse, podrían ser acusados ante la jurisdicción civil.

Ahora, como no solamente mediante los actos o declaraciones de voluntad de la Administración pueden ser violados los derechos subjetivos, el artículo 68 del mismo Código dispone que ''también puede pedirse el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa. En este caso no será necesario ejercitar la acción de nulidad, sino demandar directamente de la administración las indemnizaciones correspondientes''.

V. *Competencia.* Conferidas por la ley las acciones por actos, hechos y operaciones de la Administración, según las disposiciones antes citadas (arts. 66, 67, 68 del C. C. A.), corresponde determinar a qué entidad le está atribuído el conocimiento de estas contenciones, que no pueden quedar sin Juez para resolverlas en forma definitiva o con autoridad de cosa juzgada.

''En efecto, el artículo 55 de la actual Constitución trata de las ramas del Poder Público, entre las cuales menciona la jurisdiccional, término que sustituye al de poder u órgano judicial, con el fin de introducir una sustancial reforma, no sólo en cuanto al uso de los vocablos poder, órgano o rama, sino en cuanto, en lugar de hablar de la rama *Judicial,* se refiere a la *Jurisdiccional,* con el objeto de significar un género, integrado por varias jurisdicciones, entre las cuales, por ejemplo, se incluye la judicial u ordinaria, contencioso-administrativa, laboral, militar, aduanera, etc.

''La rama jurisdiccional, como parte integrante del Poder Público, asume la función o poder de decidir las controversias que se susciten en la aplicación práctica del derecho, respecto de pretensiones inciertas o debatidas o insatisfechas entre las partes litigantes, con el fin de que el respectivo fallo haga tránsito a cosa juzgada, pues no sería de recibo, dentro de un estado de derecho, la sucesión indefinida de los pleitos, menos la intervención de distintas jurisdicciones en los negocios ya resueltos por otra, en forma independiente de la respectiva jerarquía o competencia funcional.

''Entendida la jurisdicción en este sentido, según lo anotan algunos autores, corresponde a un poder-deber del Estado, en contraposición al poder-derecho que asiste a las partes de ocurrir a los respectivos órganos oficiales, mediante el ejercicio de la respectiva acción, con el objeto de obtener una permanente y definitiva resolución de los conflictos o controversias suscitadas entre particulares, o de éstos con la administración nacional, departamental, municipal, sin excluír las personas administrativas autónomas.

''Los artículos 142 y 471 del Código Judicial, como el 1º de la Ley 167 de 1941, se refieren a la jurisdicción como poder o función, emanada directamente de la soberanía, en relación con un grupo de controversias, consideradas *in genere* o en abstracto en el numeral 3º del artículo 141 de la Constitución, en cuanto atañe al Consejo de Estado como 'Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo'; y en cuanto a la Corte, sin restricción alguna respecto de la materia, según el ordinal 4º del artículo 151, pues dice: *'las demás que le señalen las leyes'* (artículo 52 del Acto legislativo número 1º de

1945); por tanto, se dejó a la libre determinación del legislador el señalamiento de las materias cuyo conocimiento, por mandato legal, debe avocar la Corte, en única instancia o en segunda, o bien como Tribunal de Casación Civil, Penal, Laboral, Militar, Aduanera, etc." (auto de 11 de mayo de 1960, G. J., Tomo XCII, Nos. 2225-2226, págs. 1148 a 1149).

El artículo 137 de la Constitución Nacional dispone que el Consejo de Estado se dividirá en Salas o Secciones con el objeto de "separar las funciones que le competen como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, de las demás que le asignen la Constitución y la ley".

En el inciso 2º del mismo artículo se lee: "La ley señalará las funciones de cada una de las Salas o Secciones...", a la par que el ordinal 3º del artículo 141 le adscribe "las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, conforme a las reglas que señale la ley".

Por tanto, según el artículo 55 de la Constitución Nacional, el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos quedaron incorporados a la rama jurisdiccional del Poder Público, con jurisdicción para conocer, de acuerdo con los artículos 137 y 141 de la Constitución Nacional, entre otros, de los asuntos contenciosos administrativos; pero la jurisdicción en concreto, vale decir, en cuanto atañe a la competencia funcional, la dejó al cuidado del legislador, porque "la ley señalará las funciones de cada una de las Salas o Secciones...", ya que la Constitución no las especificó ni podía hacerlo, pues no es del todo fácil definir en una norma general, con absoluta claridad y acierto, las materias propias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en forma tal que quedara establecida la línea divisoria con la civil o común.

Si la Constitución Nacional no se remitió a la doctrina y a los principios científicos y técnicos, para definir o especificar los asuntos propios de cada una de las memoradas jurisdicciones, la civil y la de lo contencioso administrativo, sino que encomendó o atribuyó tal facultad a la ley, debe estarse a las normas dictadas o que dicte el legislador para determinar en cada caso la competencia de cada una de ellas; y así, por ejemplo, mientras la ley no disponga lo contrario, el conocimiento de los litigios sobre toda clase de contratos, celebrados por el Estado, serán de competencia civil, o sea, de la Sala de Negocios Generales de la Corte, en obedecimiento al artículo 40 del Código Judicial, en armonía con el artículo 2º de la Ley 67 de 1943, aun cuando por el contenido y la finalidad se trate de contratos netamente administrativos.

Como con posterioridad al Acto legislativo número 1º de 1945 no se ha dictado ninguna disposición legal, con el objeto de reglamentar la competencia de cada una de las jurisdicciones, debe aplicarse las normas contenidas en la Ley 167 de 1941, como el artículo 34, en el cual se lee: "Conoce privativamente y en una sola instancia el Consejo de Estado de los siguientes negocios:

"1º De las contenciones sobre suministros, empréstitos y expropiaciones en tiempo de guerra".

Como el memorado artículo no indicaba cuál de las Salas del Consejo de Estado conocería de los negocios adscritos, el artículo 11 del Decreto 4120 de 1949 dispuso: "Son atribuciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo:

"Desempeñar las funciones que al Consejo de Estado corresponde como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, en los términos del numeral 3º del artículo 141 de la Constitución. En consecuencia, decidirá en única instancia de las cuestiones planteadas en los numerales 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 y 11 del artículo 34 de la Ley 167 de 1941;

"En segunda instancia resolverá las apelaciones interpuestas contra las providencias dictadas por los Tribunales Administrativos, con excepción de las atribuídas a la Sala de Negocios Generales por el ordinal 3º del artículo décimo del presente Decreto".

El primer numeral del artículo 34 debe relacionarse con el artículo 33 de la Constitución Nacional, que dice: "En caso de guerra, y sólo para atender al restablecimiento del orden público, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por autoridades que no pertenezcan al orden judicial y no ser previa la indemnización.

"En el expresado caso la propiedad inmueble sólo podrá ser temporalmente ocupada, ya para atender a las necesidades de la guerra, ya para destinar a ella sus productos, como pena pecuniaria impuesta a sus dueños conforme a las leyes.

"La Nación será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno haga por sí o por medio de sus agentes".

VI. *Caso sub judice.* De acuerdo con los hechos y las pruebas antes mencionadas, no puede remitirse a duda que se trata de una ocupación temporal de la propiedad inmueble, con el objeto de restablecer el orden público que se declaró

turbado y en estado de sitio toda la República, mediante el ejercicio de la facultad que confería al Ejecutivo el artículo 121 de la Constitución Nacional; por consiguiente, el conocimiento del presente negocio le corresponde a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de acuerdo con las normas que regulan su competencia funcional, en cuanto a la ocupación temporal del predio nominado "El Cedrito" o "Los Pomarrosos", y de las requisiciones a que alude el actor en la demanda, sobre pastos, maderas, leña, etc.

No está por demás advertir que la Sala decidió en el fondo el litigio promovido por Saúl Nevardo Espitia Z. contra el Estado, por la requisición de unos semovientes, en virtud de que se halló, como allí mismo se dijo, con dos hechos cumplidos: a) por auto ejecutoriado se negó la declaración de nulidad, propuesta por el Fiscal del Tribunal, precisamente por falta de competencia, y b) El Ministerio de Guerra, al cual acudió el interesado en ejercicio del derecho consagrado en el artículo 45 de la Constitución Nacional, reglamentado ahora mediante el Decreto número 2733 de 7 de octubre de 1959 (D. O. No. 30074, octubre 16/59), no resolvió nada en el fondo, porque ni le reconoció el derecho a ser indemnizado ni se lo negó tampoco, sino que simplemente le manifestó que nada reconocería mientras la justicia no lo ordenara en sentencia ejecutoriada (art. 82 del C. C. A.).

Por tanto, como falta el presupuesto procesal de competencia, 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 se abstiene de resolver en el fondo el litigio propuesto por el apoderado del doctor Pablo A. Vaca Torres contra el Estado, según libelo de fecha 28 de marzo de 1960, presentado ante el Tribunal Superior de Bogotá.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial*, y devuélvase.

Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García M., Secretario.

RESPONSABILIDAD DEL PODER PUBLICO EN CASOS DE CULPA EXTRACONTRACTUAL. LA FALTA DEL SERVICIO Y LA RESPONSABILIDAD DIRECTA DE LA ADMINISTRACION. REGLAS QUE RIGEN LA PRESCRIPCION EN TAL CASO. DETERMINACION DE LOS PERJUICIOS MATERIALES. RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS MORALES

1. Como cuestión previa al examen de los elementos de la acción incoada, debe hacerse referencia a la excepción de prescripción que el señor Procurador Delegado en lo Civil alega en su alegato de segunda instancia. Considera el mencionado funcionario que la acción indemnizatoria ha prescrito, por cuanto que la demanda fue presentada cuando ya habían transcurrido más de tres años desde el acaecimiento en que se funda la reclamación de perjuicios.

La Corte, en sentencias de 30 de junio del presente año, dictadas por la Sala de Casación Civil en el ordinario de Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planells contra el Municipio de Bogotá, y por la Sala de Negocios Generales en el de Aníbal Gómez y otros contra la Nación, no publicadas todavía en la Gaceta Judicial, profesa que la responsabilidad del Poder Público en casos de culpa extracontractual se funda en la falta de servicio, y que por tanto se rige, como directa, por la norma del artículo 2341 del Código Civil y no por la de los artículos 2347 y 2349 de esa obra. En esos fallos recientes, cuyas conclusiones convienen a este caso, y a las cuales se remite la Sala, se sienta que tratándose de la responsabilidad de las personas morales, en general, por la culpa de sus dependientes o comisionados, y de la de las entidades públicas de cualquier grado, en particular, por la culpa de sus funcionarios o empleados, no puede hablarse de responsabilidad (o causalidad) indirecta, sino que ésta se configura siempre como directa, porque la persona jurídica o el Poder Público absorben la culpa del empleado o subalterno; aquélla porque es quien realmente obra o actúa al través de sus agentes, y éste, además, porque todo daño inferido por acto o hecho de un funcionario debe atribuírse a una falta del servicio. Así, la prescripción no se rige por la regla especial del artículo 2358 in fine del Código Civil, que se ha entendido en la jurisprudencia más generalizada como relativa a la acción de responsabilidad indirecta, sino por la común del inciso 2º del artículo 2536.

2. Debe también reformarse la sentencia de primer grado en cuanto deniega el reconocimiento de perjuicios morales, porque, aun cuando en la demanda no se hace petición específica de condenación al respecto, deben entenderse incluídos en la súplica general que sobre reconocimiento de daños contiene el libelo. El concepto de daño o perjuicio es de carácter genérico, por lo cual comprende las dos especies que distingue la ley: el patrimonial y el moral. Quien habla de daños, sin especificar una especie determinada, se refiere, por tanto, a ambas, debiendo en este caso formularse la respectiva condena conforme a lo prescrito en el artículo 95 del Código Penal, que la limita a dos mil pesos por este concepto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, treinta y uno de octubre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo).

"Durante la noche del 2 de julio de 1954 se encontró D. José Garcés Batioja, esposo y padre legítimo, respectivamente, de las demandantes, en establecimiento de cantina del área urbana de la ciudad de Tumaco, conversando con algunos amigos. En mesa próxima a la ocupada por Garcés demoraba, uniformado a la usanza, el Agente de Policía de Aduana señor Jacinto Alava. Al verlo, Garcés Batioja, se aproximó al

Agente nombrado, le brindó cervezas, las que aceptó dicho empleado nacional. Consumidas, el Policía, Jacinto Alava, desapareció del establecimiento. Transcurrió un lapso de tiempo, quizás una hora, al cabo de la cual, Alava, siempre uniformado, retornó a la misma cantina, en la que Garcés Batioja había perseverado con sus amigos. Pero Alava vino, esta oportunidad, en compañía de dos colegas de idéntico servicio, sin uniformar. Acto seguido: Alava, en uso y abuso de sus funciones, asesorado de los Policías acompañantes, requisó a José Garcés Batioja. Le encontraron un paquete continente de unas 12 onzas de oro, paquete que Garcés se negó a entregar. Los tres Agentes le exigieron entonces seguirlos, forzadamente, a la Jefatura de Aduana. Garcés Batioja los siguió, a su pesar. Pero fue conducido en dirección distinta a las oficinas de la Jefatura de Aduana. A cierta distancia del lugar de donde fue arrebatado, tornaron, los Policías, a forzar el decomiso del atractivo metal. Para conseguirlo, el Agente Jacinto Alava disparó sobre José Garcés Batioja el revólver oficial que portaba, causándole la muerte, que vino como efecto directo de la lesión grave. Consumado que fuera el homicidio, la víctima agonizante fue despojada del paquete de oro, motivo central de la sujeta agresión".

Así relata la parte actora en su alegato de conclusión, en esta segunda instancia, resumidamente, los hechos fundamentales de los que en la demanda sustentan la petición de la señora Carmen Torres viuda de Garcés, hecha en su propio nombre y en el de sus hijas legítimas menores de edad, Jen del Socorro Garcés, Magola Isabel Garcés y Ginés del Carmen Garcés, vecinos de Tumaco, para que por la vía del juicio ordinario de mayor cuantía se hagan, contra la Nación, representada por el Ministerio Público, las siguientes declaraciones:

"Primera. Que la Nación colombiana es civilmente responsable de la muerte sufrida en la ciudad de Tumaco por el señor José Garcés B., el dos de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro, que le ocasionó el señor Jacinto Alava, empleado al servicio de la Nación y en ejercicio de funciones oficiales.

"Segunda. Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la Nación colombiana a pagar a la señora Carmen Torres viuda de Garcés, como esposa legítima, y a sus hijas, Jen del Socorro, Magola y Ginés del Carmen Garcés, a título de herederos, la suma de ciento cincuenta mil pesos ($ 150.000.00) moneda legal, o la que fijen peritos en este juicio, o en el procedimiento especial del artículo 553 del Código Judicial, por concepto de perjuicios sufridos por ellos, como consecuencia de la muerte de su esposo y padre.

"Tercera. Se condene igualmente a la Nación a pagar a las personas dichas el valor de las doce onzas de oro que le fueron sustraídas por el Agente Jacinto Alava y compañeros al señor José Garcés B. después de muerto".

Las demandantes solicitaron, subsidiariamente, las mismas declaraciones en favor de la herencia de José Garcés B., para el caso de que se entendiera que la titularidad de la acción pertenece a la herencia y no a los herederos.

La demanda anterior, presentada por medio de apoderado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto el once de febrero de mil novecientos cincuenta y ocho, fue contestada por el señor Fiscal del Tribunal mencionado negando que los hechos hubiesen ocurrido como se expone en el libelo, y manifestando, además, que "en tesis general la Nación no responde por los actos dolosos o culposos de sus funcionarios", por lo cual "para deducirle la responsabilidad en este sentido, habría que demostrar que al hacer tales nombramientos a los funcionarios culpables se obró con falta de previsión y dentro de las condiciones contempladas en los artículos 2347, 2348 y 2349 del Código Civil".

Agotada la tramitación de primera instancia, el Tribunal *a quo* profirió la sentencia de veintitrés de septiembre de mil novecientos cincuenta y nueve, en la cual se resuelve:

"1º Declarar que la Nación colombiana es civilmente responsable de la muerte sufrida, en la ciudad de Tumaco, por el señor José Garcés B., el dos de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro, que le ocasionó el señor Jacinto Alava, empleado al servicio de la Nación, y en ejercicio de funciones oficiales.

"2º Condenar a la Nación colombiana a pagar a la señora Carmen Torres viuda de Garcés, y a sus hijas Jen del Socorro, Magola Isabel y Ginés del Carmen Garcés, como indemnización de los perjuicios materiales sufridos por la muerte de José Garcés Batioja, esposo de la primera y padre de las últimas, las siguientes sumas, con las características de pensión de alimentos congruos: a) del 2 de julio de 1954 al 14 de marzo de 1961, quinientos pesos ($ 500.00) mensuales; b) del 14 de marzo de 1961 al 14 de marzo de 1966, doscientos cincuenta pesos ($ 250.00) mensuales; c) del 14 de marzo de 1966 al 14 de marzo de 1971 doscientos pesos ($ 200.00) mensuales; d) del 14 de marzo de 1971 al 14 de marzo de

1976, ciento cincuenta pesos ($ 150.00) mensuales, y e) del 14 de marzo de 1976 al 14 de marzo de 1981 cien pesos ($ 100.00) mensuales. A cada una de las demandantes le corresponde la cuarta parte de las pensiones mensuales expresadas.

"3º Inhibirse de resolver sobre la pretensión 'tercera' de la demanda".

Esta resolución fue apelada tanto por la parte opositora como por la actora, por lo cual la Sala procede a revisarla en fallo de segundo grado.

I

1. Como cuestión previa al examen de los elementos de la acción incoada, debe hacerse referencia a la excepción de prescripción que el señor Procurador Delegado en lo Civil alega en su alegato de segunda instancia. Considera el mencionado funcionario que la acción indemnizatoria ha prescrito, por cuanto que la demanda fue presentada cuando ya habían transcurrido más de tres años desde el acaecimiento en que se funda la reclamación de perjuicios.

2. La Corte, en sentencias de 30 de junio del presente año, dictadas por la Sala de Casación Civil en el ordinario de Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planells contra el Municipio de Bogotá, y por la Sala de Negocios Generales en el de Aníbal Gómez y otros contra la Nación, no publicadas todavía en la *Gaceta Judicial,* profesa que la responsabilidad del Poder Público en casos de culpa extracontractual se funda en la *falta del servicio,* y que por tanto se rige, como directa, por la norma del artículo 2341 del Código Civil y no por la de los artículos 2347 y 2349 de esa obra. En esos fallos recientes, cuyas conclusiones convienen a este caso, y a las cuales se remite la Sala, se sienta que tratándose de la responsabilidad de las personas morales, en general, por la culpa de sus dependientes o comisionados, y de la de las entidades públicas de cualquier grado, en particular, por la culpa de sus funcionarios o empleados, no puede hablarse de responsabilidad (o causalidad) indirecta, sino que ésta se configura siempre como directa, porque la persona jurídica o el Poder Público absorben la culpa del empleado o subalterno; aquélla porque es quien realmente obra o actúa al través de sus agentes, y éste, además, porque todo daño inferido por acto o hecho de un funcionario debe atribuírse a una *falta del servicio.* Así, la prescripción no se rige por la regla especial del artículo 2358 *in fine* del Código Civil, que se ha entendido en la jurisprudencia más generalizada como relativa a la acción de responsabilidad indirecta, sino por la común del inciso 2º del artículo 2536.

3. Esta razón, que por sí sola basta para declarar no probada la excepción que se alega, releva a la Sala de entrar en otras consideraciones sobre qué debe entenderse por *terceros* en el texto del artículo 2358 del Código Civil, y sobre la eficacia que para interrumpir la prescripción pudiera atribuírse a una primera demanda presentada en oportunidad por las mismas demandantes, aunque el respectivo juicio hubiese terminado con absolución del opositor por falta de legitimación de la parte actora en la causa, que demandó para la herencia en vez de hacerlo para los herederos.

II

4. La muerte recibida de Jacinto Alava por el marido y padre de las demandantes, José Garcés Batioja, se halla fehacientemente probada con la sentencia proferida por el Comando de Infantería número 9 (Boyacá), Juez de primera instancia, el diez y siete de marzo de mil novecientos cincuenta y cinco, confirmada por el Tribunal Superior Militar en la de seis de abril de mil novecientos cincuenta y seis, cuyas copias fueron traídas a los autos con la demanda. En la primera de ellas se resuelve, en concordancia "con el veredicto del consejo de guerra ordinario (...), condenar a Jacinto Alava, de condiciones civiles conocidas de autos, a la pena principal de ocho meses de prisión, por el delito de homicidio culposo en la persona de José Garcés Batioja, cometido en el puerto de Tumaco, en la noche del 2 de julio del año próximo pasado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva". Esta providencia, por tener el efecto de plena prueba *erga omnes* que le otorga el artículo 29 del Código de Procedimiento Penal, exime a la Sala de entrar en el análisis, en lo que a este punto concierne, de las declaraciones de los testigos presenciales, Rafael Cuevas Calonge, Lely Prado Olaya y Santiago Huertas, quienes en testimonios rendidos extrajuicio y ratificados más tarde en este proceso, dan cuenta de los hechos para corroborarlos.

5. Se ha comprobado también la legitimación para accionar de las demandantes, cuyas calidades, de esposa en Carmen Torres de Garcés, y de hijas legítimas en Ginés del Carmen, Magola Isabel y Jen del Socorro, aparecen acreditadas con las respectivas actas de matrimonio y nacimiento, y copia del auto proferido por el Juez 2º Promiscuo del Circuito de Tumaco, el 29 de octubre de 1954, en el juicio sucesorio de José Gar-

cés Batioja, en que se reconoció a la primera como cónyuge sobreviviente, y se nombró curador *ad litem* a sus hijas; y con copias de las resoluciones de nombramiento y remoción, y del acta de posesión correspondiente que el día en que dio muerte a Garcés Batioja, Alava ejercía el cargo de Guarda de la Aduana de Tumaco; y los ya citados testigos —Cuevas, Prado y Huertas— aseveran que el homicidio ocurrió con motivo de la requisa a que Alava y otros Guardas sometieron al occiso, y de la intimidación que le hicieran para que los siguiera a las Oficinas de la Aduana, con el fin de decomisarle cierta cantidad de oro que suponían de contrabando, y que Garcés se negaba a entregarles, no obstante habérselo exigido; testimonios que son dignos de todo crédito, porque habiendo Cuevas y Prado presenciado todos los hechos, y Huertas parte de ellos, sólo discrepan en la apreciación del elemento moral, en cuanto que a tiempo que este último afirma haberle oído decir a Alava, al pasar cerca de él, que se le había salido el disparo, los dos primeros sugieren que el homicidio fue intencional. De cualquier manera que sea, ninguna duda cabe sobre la conducta culposa, cuando menos, del Guarda de Aduana, ni de que al obrar como lo hizo actuaba en desarrollo de la función que le correspondía como Agente del Servicio Público de Policía Aduanera, aun cuando en el momento de ocurrir el hecho no se hallase de turno, como lo alega el señor Agente del Ministerio Público.

III

6. Con base en declaraciones de los testigos David Aguiño, Julio Medrano, Eladio Santos, Patricio Jiménez y Francisco Gutiérrez, quienes conocieron a José Garcés y sus negocios, y estiman que de éstos derivaba un ingreso neto aproximado de mil pesos mensuales, a la vez que calculan su capital en sesenta mil pesos, más o menos, incluída una casa en la población de Limones, Ecuador, y las existencias de su almacén de mercancías en el mismo lugar, los peritos dictaminan que "con un capital de sesenta mil pesos sí pudo adquirir una renta de mil pesos mensuales, por lo menos, hasta la edad de cuarenta años", para con base en esa cuantía apreciar la de los perjuicios materiales, según la siguiente "tabla debidamente escalonada en razón de las actividades, modo de vivir, edad, disminución de capacidad de trabajo por el avance de los años en dicha edad", en la cual se calculan aquellos perjuicios a partir de los treinta y tres años cuatro meses que contaba Garcés en el momento de su muerte, teniendo en cuenta la supuesta disminución de su capacidad productiva en cinco períodos de su vida, así:

"Período en años	Renta mensual	Total en c/5 años
33.4 a 40	$ 1.000.00	$ 80.000.00
41 a 45	500.00	30.000.00
46 a 50	400.00	24.000.00
51 a 55	300.00	18.000.00
55 a 60	200.00	12.000.00"

Y concluír: "Hecha esta tabla de avalúo, estimamos que los perjuicios materiales sufridos por la viuda de José Garcés B., Carmen Torres de Garcés, y de sus hijos, desde el momento del fallecimiento de Garcés y en un período total de veintiséis años y ocho meses, época que se cuenta desde la edad a que falleció Garcés B. hasta el último año de su vida probable (sesenta años) asciende a la suma total de ciento sesenta y cuatro mil pesos ($ 164.000.00) moneda legal colombiana".

El Tribunal acoge el anterior concepto pericial para disponer la reparación del daño causado por el sistema de renta periódica establecido en la sentencia, pero reduciendo a la mitad las cuantías señaladas por los peritos, y apoya su decisión en el siguiente razonamiento:

"Está demostrado plenamente el estado civil y parentesco de la parte actora con la prueba propia del caso; y con prueba testimonial la dependencia económica de la mujer y de los hijos con respecto a José Garcés Batioja; y que les suministraba alimentos congruos; así como la profesión de comerciante de éste y el volumen de sus negocios con proporción a una renta mensual de mil pesos.

"Sobre esta base construyen los peritos, doctores Manuel J. Troya y Simón R. Cárdenas, su tabla de perjuicios (dictamen en copias de los folios 3 a 6, cuaderno 2º; ratificación y traslado a fojas 6 y 7, cuaderno 2º).

"No puede acogerse la tabla del dictamen en toda su extensión, pues tiene el error de atribuír la totalidad de la renta de alimentos de la familia Garcés Batioja, sin tener en cuenta que de manera necesaria debía éste separar lo de sus gastos personales y lo del incremento de sus negocios. En las varias sentencias de la Corte sobre perjuicios de esta naturaleza siempre toma de la renta del fallecido por el hecho culposo un porcentaje, el que prudencialmente debió éste invertir en el alimentario.

"La inversión prudencial de Garcés Batioja tuvo que girar en el cincuenta por ciento de sus ingresos, y es este porcentaje el que debe tomarse de la tabla del concepto, dada la índole de actividades a que aquél se dedicó, de la clase de negocios, y de los viajes que tenía que efectuar".

7. A la tasación de perjuicios hecha por el Tribunal y por los peritos cabe hacerle las siguientes observaciones:

a) Parte ella de la cuantía del capital para inferir la de los daños patrimoniales sufridos por la cónyuge y los herederos, sin tener en cuenta que con el deceso del dueño no desaparecen los bienes de capital que poseía ni se agota de manera absoluta su rentabilidad. Pueden sufrir, sí, grave detrimento sus negocios, como el de comercio en que estaba establecido Garcés, pero no la renta derivada de inmuebles, como la casa de Limones que mencionan los testigos, para apreciar por aproximación la cuantía del capital que sirve a los peritos de base para su avalúo de perjuicios. En la peritación se incurrió, pues, en un error al tomar en cuenta para aquel justiprecio la supuesta disminución de una renta que no tiene por qué sufrirla por la muerte del propietario del bien que la produce, en vez de limitarse a calcular el deterioro de los negocios por la falta de la experiencia y trabajo personales de quien los manejaba. Sin que sea el caso, por otra parte, de aceptar lo que al respecto declaran los testigos que deponen sobre el particular, porque ellos se limitan a apreciar la renta de Garcés, por aproximación, pero sin exponer hechos que les consten por percepción propia; y emitir opiniones o conceptos que no es lo que se pide a los testigos, sino función reservada a los peritos.

b) Los grados de disminución periódica de la capacidad laboral de Garcés a que se atienen los peritos, que no son biólogos ni médicos, carece en los autos de respaldo probatorio fidedigno, por lo cual la estimación que hacen de esa disminución resulta arbitraria. Esa estimación sólo podría ser tan convincente como conviene en un proceso de esta especie si proviniera de expertos en la materia.

c) Resulta también arbitraria la reducción al cincuenta por ciento del ingreso de Garcés, que hace el Tribunal, pues en el expediente no hay datos que permitan concluír que Garcés empleaba precisamente el cincuenta por ciento en el sostenimiento de su familia, y que se reservaba el otro cincuenta por ciento para sus gastos personales y los que le demandaban sus negocios. La cuantía de las expensas que demande el sostenimiento de una familia depende de factores muy varios, y hasta diversos, por lo cual no puede quedar al discrecional criterio del juzgador, sino que ha de acreditarse en el proceso. Y en estos autos no aparece probada en forma alguna.

Por los motivos que se dejan expresados es el caso de reformar la sentencia de primera instancia, a fin de revocar la condena en concreto hecha por el Tribunal, para que los perjuicios se tasen por la vía indicada en el artículo 553 del Código Judicial, debiendo tenerse en cuenta para ello: 1) Las reglas que en el Código Civil regulan la obligación alimentaria del padre de familia; 2) La vida probable de Garcés Batioja en el caso de no haber ocurrido el hecho que dio lugar a este juicio; 3) El ingreso neto que por medios idóneos se acredite que aquél hubiera podido derivar de su trabajo o actividad personal, excluída la renta de bienes, cuya productibilidad no pudo afectarse con su muerte; 4) El porcentaje de ese ingreso que se compruebe empleaba en el sostenimiento de su familia.

8. La Sala comparte la decisión del Tribunal en cuanto se abstiene de incluír en los daños que deben ser reparados las doce y media onzas de oro a que se refiere la demanda, por cuanto que no hay constancia alguna en los autos de que se hayan perdido para sus dueños en el caso de que tengan derecho a ellas. Por el contrario, aparece acreditado en el expediente, con certificación dada por el Administrador de la Aduana de Tumaco, que la expresada cantidad de oro en polvo, decomisada a José Garcés, le fue entregada a dicho funcionario, quien la envió al Juez 12 de Instrucción Criminal con oficio número 487 de 26 de julio de 1954. El metal expresado fue llevado, así, pues, a las diligencias de orden penal que se adelantaron para establecer la responsabilidad de Alava en la muerte de Garcés, y la ley prevé los medios para reclamar los objetos que circunstancialmente han sido incorporados a diligencias de esta índole, lo mismo que los que han sido decomisados ilegalmente por Agentes de la Administración Pública, distintos de la acción indemnizatoria intentada, por lo cual la demanda es inepta en lo que a este punto se refiere.

9. Debe también reformarse la sentencia de primer grado en cuanto deniega el reconocimiento de perjuicios morales, porque, aun cuando en la demanda no se hace petición específica de condenación al respecto, deben entenderse incluídos en la súplica general que sobre reconocimiento de daños contiene el libelo. El concepto de daño o perjuicio es de carácter genérico, por

lo cual comprende las dos especies que distingue la ley: el patrimonial y el moral. Quien habla de daños, sin especificar una especie determinada, se refiere, por tanto, a ambas, debiendo en este caso formularse la respectiva condena conforme a lo prescrito en el artículo 95 del Código Penal, que la limita a dos mil pesos por este concepto.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, reforma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, el veintitrés de septiembre de mil novecientos cincuenta y nueve, así:

1º Revócase la tasación concreta de los perjuicios materiales hecha por el Tribunal, a fin de que éstos sean estimados como lo dispone el artículo 553 del Código Judicial.

2º Condénase a la Nación a pagar a las demandantes, además de los daños patrimoniales apreciados en la forma que acaba de expresarse, la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00) a cada una de ellas, por concepto de perjuicios morales.

3º El pago de los daños a que este fallo se refiere deberá hacerse dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la ejecutoria de la providencia que determine la cuantía de los perjuicios patrimoniales.

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

Ramiro Araújo Grau, Carlos Peláez Trujillo, Jorge Restrepo Hoyos, Conjuez, *Luis Carlos Zambrano.*

Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION DE PAGO DE PERJUICIOS OCASIONADOS POR LA PERDIDA DE UNAS MERCANCIAS DEPOSITADAS EN LAS BODEGAS DE LA ADUANA. RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL ESTADO. CIRCUNSTANCIAS QUE EXONERAN DE RESPONSABILIDAD Y CIRCUNSTANCIAS QUE IMPIDEN ESTA EXONERACION

La acción promovida tiene por objeto que se condene a la Nación al pago de perjuicios ocasionados por la pérdida de mercancías legalmente importadas al país y depositadas en las bodegas de la respectiva Aduana, perjuicios que emanan de la responsabilidad extracontractual del Estado consagrada en el artículo 2º del Decreto número 630 de 1942, el cual estatuye:

"Artículo 2º. El artículo 55 de la Ley 75 de 1931 quedará así: Salvo pérdidas o daño por fuerza mayor, evaporación, deterioro natural, empaque defectuoso, o de suyo inadecuado, por su poca consistencia o mala confección para la seguridad del contenido, el Gobierno responderá a los dueños de la mercancía por toda pérdida o entrega equivocada, o daño de la mercancía almacenada en bodegas oficiales, desde la fecha de su recibo hasta la de su retiro en forma legal o el abandono voluntario por haberse cumplido el término legal de almacenaje".

La norma transcrita predica con claridad la responsabilidad directa, objetiva, del Estado en los casos allí indicados, prescindiendo de la noción de culpa, por lo cual dispensa al importador perjudicado de probar el delito o los errores de conducta por omisión, negligencia o imprevisión que hubieren cometido los dependientes de ese servicio y que fueren causa de la pérdida o daño de tales elementos puestos bajo la custodia de la Aduana. Desde luego, para destruír o cambiar la fuente de esa obligación indemnizatoria directa, puede el Estado alegar y demostrar las causas exonerantes de responsabilidad que la misma disposición establece como fuerza mayor, empaques defectuosos o inadecuados, etc. De otra parte, los artículos 56 y 57 de la Ley 79 de 1931, "orgánica de Aduanas", y Código de la materia, regulan la responsabilidad de los dependientes de tal ramo de la Administración Pública ante el Estado en los casos de pérdida, daño o entrega equivocada de mercancías bajo custodia aduanera, cuando fueren imputables a negligencia u omisión de aquéllos en el cumplimiento de sus deberes, salvo las excepciones de anterior cita, así como el derecho del mismo Estado para repetir contra esos empleados por las pérdidas y daños mencionados.

2. Con los informes oficiales provenientes de funcionarios competentes y en ejercicio de sus funciones, se ha establecido la pérdida de 69 sacos de copra de las bodegas de Barranquilla, hecho que tuvo ocurrencia cuando la mercancía importada por la sociedad actora se encontraba en ese lugar bajo custodia de los empleados de dicha dependencia administrativa, "sustraídos en forma ilícita, pues en varias ocasiones, y de noche, los celadores del Terminal sorprendieron a gentes deshonestas robando sacos de copra". El hecho de que la pérdida de la mercadería ocurriera en las circunstancias reiteradas de que da cuenta el informe aludido, no constituye causal exonerante de la responsabilidad del Estado, entre otras razones, porque indican —esas circunstancias— la falta de cuidado y vigilancia de artículos depositados en las bodegas oficiales de la Aduana, y cuya guarda correspondía a los empleados respectivos del ramo, según principios legales ya enunciados.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, noviembre seis de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luis Carlos Zambrano).

Por medio de apoderado judicial y en libelo presentado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, la sociedad "Fá-

brica de Grasas y Productos Químicos Limitada (Grasco)'' demandó a la Nación, a fin de que fuera condenada a pagar a la parte actora, ''por concepto de indemnización de perjuicios, la suma de cinco mil setecientos nueve pesos con setenta y cinco centavos ($ 5.709.75), moneda legal colombiana, más los intereses legales desde la fecha de la entrega de la mercancía, o sea desde el 14 de febrero de 1958''.

Como fundamentos fácticos de la demanda se invocaron los siguientes:

''A) En la nave 'Lars Meling', que arribó al puerto de Barranquilla el 7 de febrero de 1958, llegaron sobordados a la consignación de Fábrica de Grasas y Productos Químicos 'Grasco', cuya sucursal en Barranquilla está a cargo de mi poderdante, Carlos Haag Duque, 7.286 sacos de copra, con peso de 516.813 kilos, según facturas;

''B) Tal mercancía fue nacionalizada según el Manifiesto número 03007 (folio 7) de febrero 14 de 1958, y el Comprobante de Rentas por Cobrar número 05652 (f. 8);

''C) En el momento de levantar dicho cargamento para su embarque en la nave fluvial faltaron varios sacos que, después de informes y certificados del Almacenista, quedaron determinados en el número de 69 sacos faltantes (fls. 12, 13);

''D) La Sección de Cancelación de Sobordos, a solicitud de mis poderdantes, certificó 'que la diligencia de entrega del Vapor Lars Meling, de febrero 7 de 1958 —registro número 93—, de marzo 21 de 1958, fue cancelada sin sanción alguna por medio de la Resolución número 00303 de marzo 21 de 1958, memorial de cancelación número 2553 de marzo 15 de 1958, por no registrar faltantes ni sobrantes'. Además la declaración del reconocimiento que aparece al pie del manifiesto de aduana testifica la verdad de los certificados del Almacenista y del Sobordo (fls. 12 a 14);

''E) Sobre cancelación de sobordos es una de las principales diligencias que dispone el Código de Aduanas en sus artículos 127, 164 y 165, en relación con el Reglamento General de Aduanas número 34. De la diligencia de entrega de la mercancía que hace la nave a la Aduana, se establece si hay o no observaciones por piezas faltantes o si hay entrega completa, sin observaciones ni sanciones. En el certificado de la Sección de Sobordos que se halla al folio 14 aparece que la nave entregó a la Aduana completa la mercancía, y que en sus bodegas desaparecieron los 69 sacos de copra;

''F) Innegable es, pues, de acuerdo con las certificaciones de los funcionarios de la Aduana que mis poderdantes dejaron de recibir 69 sacos de copra, de cuyo valor debe responder el Estado por culpa del servicio público, imputable a uno de sus órganos que es la Aduana de Barranquilla como dependencia del Ministerio de Hacienda, y cuyas funciones están reglamentadas por el Código del ramo y legislación complementaria (Reglamentos generales, decretos y resoluciones);

''G) Según el manifiesto de Aduanas (fl. 7), los 7.286 sacos de copra tienen como valor gravable la suma de $ 602.925.00, y así aparece en la primera casilla del mencionado documento, donde se lee:

''7.286 sacos, 500 toneladas —posición de Aduana (lo que determina el gravamen), peso bruto y neto, y valor gravable en pesos colombianos $ 602.925— y otras especificaciones que no interesan. Pues bien: teniendo en cuenta que los 7.286 sacos de copra representan, según los comprobantes de la Aduana, el valor de $ 602.925, una simple operación aritmética demuestra:

''$ 602.925 dividido por 7.286 da como cuociente $ 82.75, valor de cada saco.

''Luego 69 (sacos faltantes) multiplicados por $ 82.75 da como producto $ 5.709.75, que es el valor del cual debe responder la Nación, con los intereses legales liquidados desde la fecha de entrega de la mercancía, que se hizo en la que expresa la cancelación del 'Comprobante de Rentas por Cobrar' (folio 8), o sea desde el 14 de (septiembre) febrero (sic) de 1958, de conformidad con el artículo 2º del Decreto-ley número 360 de 1942''.

Como fundamentos de derecho se invocaron las siguientes disposiciones: Decreto número 630 de 1942, reformatorio del artículo 55 del Código de Aduanas (Ley 79 de 1931); artículo 2341 y siguientes del Código Civil, y 937 y concordantes del Código de Procedimiento Civil.

Con la demanda se acompañaron los documentos que a continuación se relacionan: copia del Manifiesto de Aduanas número 03007; copia del Comprobante de Rentas por Cobrar número 05652; copia de la Factura Consular número 01419; copia de la factura comercial número 013997; copia del conocimiento de embarque; certificaciones del Almacenista General de Aduanas y del Jefe de Sobordos, autorizados por el

Secretario de la Aduana; y, finalmente, certificado de la Aduana de Barranquilla en que consta que la Fábrica de Grasas y Productos Químicos Ltda. (Grasco) está autorizada para ejercer las funciones de Agente de Aduanas y Comisionista de Vapores Marítimos, y documentos de la Cámara de Comercio de Bogotá sobre constitución y existencia de dicha compañía y sobre la persona que lleva su representación.

El Tribunal del conocimiento, según aparece de providencia datada el 5 de noviembre de 1959, resolvió no darle curso a la demanda por carecer de competencia para conocer de ella. Contra esta providencia se alzó en apelación el apoderado judicial de la sociedad demandante, recurso que fue decidido por esta corporación en auto de 3 de marzo de 1961, por medio del cual se revocó el apelado y, en consecuencia, se admitió la demanda en referencia.

Rituado el juicio por los trámites correspondientes ante el mencionado Tribunal, éste desató el litigio en sentencia de 1º de febrero del año en curso, mediante la cual se "condena a la Nación a pagar a la Fábrica de Grasas y Productos Químicos Ltda. (Grasco), seis días después de ejecutoriada esta sentencia, la cantidad de cinco mil cuatrocientos doce pesos con un centavo ($ 5.412.01), por concepto de indemnización de perjuicios, más los intereses legales de la expresada cantidad a partir del 14 de febrero de 1958".

En virtud del recurso de apelación interpuesto por el representante legal de la Nación contra la mencionada sentencia, ha subido el negocio a esta Superioridad, y recibido allí el trámite de ley.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Civil, en su alegato de conclusión, manifiesta que de la prueba documental acompañada al libelo de demanda, se desprende que la sociedad actora importó en forma regular y ceñida a las normas legales vigentes sobre la materia la cantidad de 7.286 sacos de copra, si bien del manifiesto de Aduanas se deduce que no pesaban la cantidad de 508.000 kilogramos que reza el conocimiento de embarque, sino únicamente 500.974 kilos netos. Agrega, que con los certificados o informes oficiales de los funcionarios de la Aduana de Barranquilla se comprueba la pérdida de 69 sacos o bultos de copra "del recinto de las bodegas de la misma Aduana y mientras se hallaba la mercancía bajo custodia de esos funcionarios".

Concluye su concepto fiscal con la manifestación de que no se opone a que el fallo de primera instancia sea confirmado, ya que en el caso de autos se han acreditado los elementos que configuran la acción de responsabilidad del Estado que consagra el artículo 2º del Decreto ejecutivo número 630 de 1942, a saber: a) La existencia previa de mercaderías introducidas al país por los medios regulares señalados en las leyes; b) El hecho de que aquéllas se encontraban en las bodegas de la Aduana Nacional, bajo custodia de las autoridades correspondientes al tiempo de su pérdida, durante el trámite regular de nacionalización; c) La pérdida de las mismas de las bodegas o depósitos de la Aduana.

Para desatar el litigio en el fondo, se considera:

La acción promovida tiene por objeto que se condene a la Nación al pago de perjuicios ocasionados por la pérdida de mercancías legalmente importadas al país y depositadas en las bodegas de la respectiva Aduana, perjuicios que emanan de la responsabilidad extracontractual del Estado consagrada en el artículo 2º del Decreto número 630 de 1942, el cual estatuye:

"Artículo 2º El artículo 55 de la Ley 75 de 1931, quedará así: Salvo pérdidas o daños por fuerza mayor, evaporación, deterioro natural, empaque defectuoso, o de suyo inadecuado, por su poca consistencia o mala confección para la seguridad del contenido, el Gobierno responderá a los dueños de la mercancía por toda pérdida o entrega equivocada, o daño de la mercancía almacenada en bodegas oficiales, desde la fecha de su recibo hasta la de su retiro en forma legal o el abandono voluntario por haberse cumplido el término legal de almacenaje".

La norma transcrita predica con claridad la responsabilidad directa, objetiva, del Estado en los casos allí indicados, prescindiendo de la noción de culpa, por lo cual dispensa al importador perjudicado de probar el delito o los errores de conducta por omisión, negligencia o imprevisión que hubieren cometido los dependientes de ese servicio, y que fueren causa de la pérdida o daños de tales elementos puestos bajo la custodia de la Aduana. Desde luego, para destruír o cambiar la fuente de esa obligación indemnizatoria directa, puede el Estado alegar y demostrar las causas exonerantes de responsabilidad que la misma disposición establece, como fuerza mayor, empaques defectuosos o inadecuados, etc. De otra parte, los artículos 56 y 57 de la Ley 79 de 1931, "orgánica de Aduanas" y Código de la materia, regulan la responsabilidad de los dependientes de tal ramo de la Administración Pública ante el Estado en los casos de pérdida, daño o entrega equivocada de mercancías bajo custodia aduanera, cuando fueren imputables a

negligencia u omisión de aquéllos en el cumplimiento de sus deberes, salvo las excepciones de anterior cita, así como el derecho del mismo Estado para repetir contra esos empleados por las pérdidas y daños mencionados.

La entidad de derecho público querellada no ha invocado, ni pretendido demostrar la presencia de alguna de las causas exculpativas y exonerantes de responsabilidad en el hecho o acto determinante del perjuicio demandado.

Ahora bien, la sociedad actora hace responsable a la Nación, fundando su pedimento indemnizatorio en la ya glosada disposición legal; por la circunstancia de que de las mercancías depositadas en las bodegas oficiales de la Aduana de Barranquilla para su nacionalización, esta última dejó de entregar a la compañía demandante 69 sacos de copra que eran parte constitutiva de la importación de ese artículo.

En primer término, anota la sentencia apelada, que los extremos o elementos de la acción propuesta que se refieren a la entrega y recibo de la mercancía en la respectiva Aduana, como también a la nacionalización de aquélla por parte de la sociedad demandante y mediante el cumplimiento de los requisitos de ley, están procesalmente comprobados con los documentos acompañados en copia al libelo principal. A este particular dice con razón el juzgador de primer grado: "En cuanto a la forma de establecer la entrega de las mercancías a la Aduana, el artículo 162 de la Ley 79 de 1931 ordena que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al recibo de la mercancía, el funcionario aduanero competente encargado de la vigilancia de la bodega, revisará todos los documentos utilizados en la confrontación del recibo y la entrega, y tales documentos así revisados constituirán comprobante de la mercancía recibida en la Aduana, y no podrán alterarse en forma alguna, salvo lo dispuesto en el artículo 164. Esta última disposición se refiere a la cancelación del sobordo, lo que debe hacerse en el término señalado en el artículo 165, ibídem, por el Administrador de la Aduana, quien puede autorizar la rectificación de errores en los documentos de la Aduana, cuando ellos provengan de transcripción equivocada de las marcas o números o demás elementos de identificación de la mercancía misma. Los documentos que deben tenerse en cuenta para las listas de confrontación de que habla el Capítulo XL del Código de Aduanas, son los siguientes: manifiesto de Aduana, factura consular, factura comercial y conocimiento de embarque".

Del manifiesto de Aduana y demás documentos presentados para la nacionalización de la cuestionada mercancía (f. 7 del C. No. 1), resulta que esa importación con destino a la sociedad demandante consistía en 7.286 sacos de copra, con un peso neto de 508.000 kilogramos. Mas de acuerdo con el informe o declaración del Reconocedor de la Aduana, el cual está contenido en el precitado manifiesto, el peso neto de la mercancía sólo ascendió a 500.974 kilos, cantidad ésta que sirvió de base para la liquidación del correspondiente impuesto de importación, como lo revela el Comprobante de Rentas por Cobrar (f. 8). Por lo tanto, están ajustadas a derecho las siguientes conclusiones que recoge al respecto la sentencia recurrida en apelación, a saber: que la mercancía fue nacionalizada, "ya que tal hecho emerge del cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley de Aduanas y por los reglamentos, que en este caso se llenaron, según las pruebas que obran en el expediente, desde luego que la mercancía fue reconocida mediante la presentación de los documentos pertinentes, y una vez hecha la liquidación del impuesto respectivo, fue pagado, como consta en el comprobante de rentas por cobrar, que obra a folio 8 del cuaderno principal"; que la mercancía fue recibida por la Aduana, "porque fue reconocida por el empleado señalado por la Ley de Aduanas para tal fin, pero con un peso inferior al señalado en la factura consular, en la factura comercial y en el conocimiento de embarque, porque en estos documentos consta que su peso neto era de quinientos ocho mil (508.000) kilos, cuando el Aforador o Reconocedor declara que su peso neto fue de quinientos mil novecientos setenta y cuatro (500.974) kilos, y con esa base fue liquidado el impuesto de importación. Tal constancia del citado empleado debe tenerse como cierta, para efectos de la prueba de la entrega de la mercancía, porque así lo ordena el artículo 161 de la Ley 70 de 1931, en relación con el artículo 1º —Sección III—, ordinal primero del Reglamento de Aduanas número 228". Además, a la demostración del aludido hecho —como lo expresa el mismo fallo— concurre la certificación del Jefe de Sobordos de la Aduana, ordenada por el Secretario de la misma, en donde consta que "la diligencia de entrega del vapor Lars Meling de 8 de febrero de 1958, Registro número 93, fue cancelada sin sanción alguna mediante Resolución número 000303, por no registrar faltantes ni sobrantes, fuera de sobordo".

De otra parte, con los informes oficiales provenientes de funcionarios competentes, y en ejercicio de sus funciones, se ha establecido la pérdida de 69 sacos de copra de las bodegas de Barranquilla, hecho que tuvo ocurrencia cuando la

mercancía importada por la sociedad actora se encontraba en ese lugar bajo custodia de los empleados de dicha dependencia administrativa. En efecto, de la certificación expedida por el Secretario de la Aduana en mención, que a su vez tiene como fundamento el informe rendido por el Almacenista General, resulta que del cargamento de copra llegado en el vapor "Lars Meling", y correspondiente al Manifiesto número 03007, con declaración de 7.286 sacos de dicho artículo, "quedaron faltantes" 69 de ellos, los cuales "se consideran perdidos del patio número 10, donde se depositó la copra, sustraídos en forma ilícita, pues en varias ocasiones, y de noche, los celadores del Terminal sorprendieron a gentes deshonestas robando sacos de copra". El hecho de que la pérdida de la mercadería ocurriera en las circunstancias reiteradas de que da cuenta el informe anterior, no constituye causal exonerante de la responsabilidad del Estado, entre otras razones, porque indican —estas circunstancias— la falta de cuidado y vigilancia de artículos depositados en las bodegas oficiales de la Aduana, y cuya guarda correspondía a los empleados respectivos del ramo, según principios legales ya enunciados.

Tampoco ofrece reparo la sentencia apelada en cuento al pronunciamiento condenatorio en concreto de los perjuicios demandados, por cuanto para la evaluación del daño reclamado, o sea el valor de los 69 sacos de copra, el juzgador de primer grado tuvo en cuenta elementos probatorios que permitían fijar el monto del perjuicio representado por la mercancía perdida.

En virtud de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *confirma* la sentencia recurrida que fue dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla con fecha 1º de febrero de 1962.

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

Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

PRIVILEGIOS Y PRERROGATIVAS DE LOS AGENTES DIPLOMATICOS. INMUNIDAD DE JURISDICCION CIVIL. COMPETENCIA DE LA CORTE EN LOS CASOS DE EXCEPCION. RECIPROCIDAD INTERNACIONAL. EXCEPCION DE DECLINATORIA DE JURISDICCION. DECRETO 3135 DE 1956. CONVENCION DE VIENA SOBRE RELACIONES DIPLOMATICAS

1. Estima la Sala que la concesión de una determinada inmunidad, de conformidad con el Decreto 3135 de 1956, y según el sistema de la reciprocidad que el mismo Decreto establece, no depende de que en el país a que pertenece el diplomático se concedan en abstracto todas las inmunidades que reconoce Colombia, sino de que en ese país se otorgue la determinada inmunidad que aquí haga valer el diplomático. Si esa concreta inmunidad está reconocida también por el Gobierno del país a que el diplomático pertenece, y en idéntica extensión, es obvio que se produce la figura de la reciprocidad, y no se ve por qué entonces no deba reconocerla Colombia.

2. No está de más hacer notar que la doctrina se pronuncia decididamente en favor del reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción civil a los diplomáticos, y sin hacer distinción entre la clase de actos que ejecuten. "No es porque su persona sea sagrada —declaraba Vattel—, que los Embajadores no pueden ser citados ante la justicia; es por la razón de que ellos no caen bajo la jurisdicción del país al que son enviados... Agreguemos aquí que es del todo conveniente y aun necesario que un Embajador no pueda ser citado ante la justicia, a fin de que no sea molestado en el ejercicio de sus funciones.

... No está en los poderes de un soberano someter a su jurisdicción al Ministro de otro soberano... Es, pues, muy conveniente a los deberes de las naciones, y conforme a los grandes principios del derecho de gentes, que por el uso y el consentimiento de todos los pueblos, el Embajador o el Ministro sea absolutamente independiente de toda jurisdicción del Estado en que él resida". (Droit de Gens, lib. IV, cap. VIII). Y un autor moderno como Heyking afirma: "aunque el centro de los negocios de un Embajador se encuentra en el lugar de su misión, en el Estado que lo recibe, no adquiere allí un domicilio legal. Todas las pretensiones civiles que surgen durante el ejercicio de sus funciones y las que son producidas antes, son justiciables por los Tribunales del Estado que lo envía".

("L'extraterritorialité", II, pág. 272). Con ambos autores se declara en conformidad Raoul Genest en su "Traité de Diplomatie et de Droit Diplomatique". (T. I, pág. 567).

Corte Suprema de Juticia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, siete de noviembre de mil novecientos sesenta y dos.

1. El señor Jorge Castillejo C., vecino de esta ciudad, presentó ante esta Sala, por medio de apoderado, demanda contra el Excelentísimo señor Li Chin, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario de la República de China ante el Gobierno de Colombia, para que le pague determinadas sumas de dinero por razón de cesantía, vacaciones, indemnización por ruptura unilateral de contrato y salarios caídos.

Como fundamentos de hecho el apoderado del demandante expone los siguientes:

"*Primero.* Mi representado ingresó al servicio del Excelentísimo señor Van Sung Pan, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario de la República de China, con fecha 10 de diciembre de 1955".

"*Segundo.* El demandante desempeñó las funciones de traductor inglés-español y español-inglés en las oficinas de la Legación de la República de China, desde un principio y hasta el día 17 de diciembre de 1959".

"*Tercero*. Las partes no celebraron contrato escrito de trabajo. Este fue verbal".

"*Cuarto*. El Excelentísimo señor Pan fue reemplazado en su cargo por el honorable señor Frank C. P. Chang, Encargado de Negocios a. i., y este último por el Excelentísimo señor Li Chin".

"*Quinto*. El demandante continuó prestándole sus servicios al honorable señor Chang, y luego al Excelentísimo señor Li, en el mismo empleo de traductor, sin solución de continuidad".

"*Sexto*. El demandado rompió unilateral, intempestiva e injustamente el contrato de trabajo con mi representado el día 17 de diciembre de 1959".

"*Séptimo*. El demandado le pagó al demandante el sueldo correspondiente a la segunda quincena de diciembre de 1959".

"*Octavo*. El último sueldo devengado por el demandante fue de seiscientos pesos ($ 600.00) mensuales moneda legal".

"*Noveno*. El demandante no recibió, en ningún tiempo, el valor de sus vacaciones, ni auxilio de cesantía ni fue indemnizado por la ruptura unilateral, intempestiva e injusta de su contrato laboral".

"*Décimo*. El demandado se ha negado al pago de las sumas que adeuda por esos conceptos, sumas antes indicadas".

"*Urdécimo*. Con la República de China no tiene la de Colombia celebrado ningún tratado ni convenio sobre fueros ni privilegios diplomáticos".

2. Comprobó el demandante, con certificaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, que no existe tratado alguno entre Colombia y la República de China sobre prerrogativas, inmunidades o privilegios diplomáticos.

3. Lo relacionado con los privilegios y prerrogativas de los agentes diplomáticos acreditados en la República está reglamentado en el Decreto legislativo 3135 de 1956, que en su artículo 10 establece: "El personal diplomático acreditado (art. 8º, aparte a) gozará en Colombia de las siguientes prerrogativas esenciales:

1. Inviolabilidad personal.
2. Inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia.
3. Inmunidad de jurisdicción penal, y
4. Inmunidad de jurisdicción civil, con las siguientes excepciones:

a) Cuando el funcionario diplomático renuncia a la inmunidad presentándose como demandante;

b) Cuando se trate de acciones reales, inclusive acciones posesorias relativas a una cosa mueble o inmueble que se halle dentro del territorio nacional, y

c) Cuando se trate de actos relativos a una actividad profesional ajena a las funciones del agente diplomático".

En el artículo 2º había advertido que "el otorgamiento de las prerrogativas y exenciones de carácter diplomático, se entenderá siempre subordinado a la observancia del régimen de la más estricta reciprocidad internacional".

4. De conformidad con el artículo 11 del mismo Decreto 3135, "en los casos previstos en el numeral 4º del artículo anterior tiene competencia para conocer del respectivo negocio contencioso, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales".

5. Notificado el auto admisorio de la demanda al Excelentísimo señor Li Chin, por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, manifestó, en escrito dirigido a la Sala, que respondía "sólo por tratarse de un documento emanado de la más alta corporación de justicia colombiana", con la cual quería tener la atención y cortesía de responder, y sin que ello en ningún caso implicara el renunciamiento de su fuero diplomático y de la inmunidad que lo cobija conforme al derecho internacional y que, además, se encontraba ante un caso de fuerza mayor; que se acogía al principio de la extraterritorialidad de la ley, en virtud del cual no debía aplicársele la ley colombiana sino la de su país, ya que el presunto demandante prestó aleatoriamente sus servicios a la Legación, "y entonces no sería a mí a quien demandara sino al Gobierno que represento, dado que fue dentro de la sede de la Misión que él prestara sus servicios en forma discontinua"; que servicios los prestaba no para asuntos particulares, sino para actos relacionados con la misión diplomática.

En apoyo de sus asertos transcribió un aparte del "Tratado de Derecho Social Colombiano", del doctor Ernesto Herrstadt, en el que se expresa que los trabajadores de los agentes diplomáticos, si bien tienen derecho a las prestaciones sociales y demás ventajas que les concede la ley colombiana, no pueden hacerlas efectivas ante la justicia nacional, y que respecto a las inmunidades de los diplomáticos se exceptúa lo establecido en el Decreto 615 de 1935, excepción sus-

tancialmente igual a la que trae el ya transcrito artículo 10 del Decreto 3135 de 1956.

6. Ante tal alegación del demandado se decidió pedir información al Ministerio de Relaciones Exteriores (Dirección General de Protocolo), sobre si con la República de China existía reciprocidad en materia de privilegios e inmunidades de los diplomáticos, y si, en caso negativo, el Gobierno colombiano, de conformidad con la facultad que le confiere el artículo 4º del aludido Decreto 3135, confería a la República de China la inmunidad de jurisdicción civil con relación al presente litigio.

7. En providencia de 6 de julio próximo pasado, el suscrito Magistrado sustanciador del negocio revocó el auto admisorio de la demanda, por considerar que, de conformidad con lo que más adelante se expresa, el demandado gozaba del privilegio de inmunidad de jurisdicción civil. Interpuesto recurso de súplica contra dicho auto, el resto de la Sala estimó que el punto ha debido decidirse previo el trámite de una excepción dilatoria, pues, a su juicio, fue una excepción de declinatoria de jurisdicción lo que alegó el Excelentísimo señor Li Chin, y, en consecuencia, revocó el auto en referencia y ordenó dar en traslado por dos días al diplomático el memorial en que éste había invocado la inmunidad de jurisdicción civil.

8. Al suscrito Magistrado se le había presentado como cosa evidente el que la alegación de inmunidad civil hecha por el Excelentísimo señor Li Chin no podía ser resuelta previo el trámite de una excepción dilatoria, porque con ello de hecho se le sometía a la jurisdicción de la justicia colombiana, siendo así que un tal sometimiento constituía el objeto del problema que había planteado y que estaba por decidirse. El traslado de la demanda que ordenó el suscrito, y que se surtió por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, no se decretó como acto de afirmación de inexistencia de la alegada inmunidad, sino simplemente como una medida tendiente a facilitar la dilucidación del dicho problema, ya que suscitaba una declaración respecto a existencia o inexistencia de la reciprocidad diplomática por parte del señor Ministro de la China.

9. Surtido como se encuentra el trámite exceptivo ordenado por la mayoría de la Sala, y que transcurrió sin que las partes hubieran utilizado el término probatorio, es del caso decirlo, a lo que se procede mediante las consideraciones que se exponen en los párrafos que siguen.

10. A través del correspondiente funcionario diplomático, el Ministro de Relaciones Exteriores obtuvo la siguiente declaración del Gobierno de la República de China, respecto a inmunidades diplomáticas:

11. "1. Se conceden privilegios e inmunidades diplomáticas a agentes diplomáticos extranjeros debidamente acreditados en la República de China sobre base de reciprocidad. 2. Los agentes diplomáticos extranjeros debidamente acreditados en la República de China gozan de inmunidades del ejercicio de la jurisdicción civil china con respecto de actos ejecutados en su carácter oficial. En cuanto a actos ejecutados en su carácter particular, gozan de tales inmunidades de acuerdo con y en el grado permitido por las leyes internacionales aplicables en la República de China, y los tratados y convenciones aplicables de que es parte la República de China".

12. En el informe que pasó a la Corte sobre la anterior declaración, el Jefe de la División de Protocolo del Ministerio de Relaciones Exteriores considera que: "... 1) En cuanto a los agentes diplomáticos acreditados por la República de China en Colombia no es pertinente la aplicación del régimen de reciprocidad de que habla el Decreto 3135 de 1956, en lo referente a la inmunidad de jurisdicción civil, por cuanto en Colombia el anterior Decreto confiere inmunidad completa, con las excepciones señaladas en su artículo 10, mientras que en China solamente se confiere dicha inmunidad para los actos que ejecute el agente diplomático en su carácter oficial, quedando los de carácter particular sometidos al Derecho Internacional y a las convenciones aplicables en China. 2) Esta División no se considera autorizada por el artículo 4º del Decreto 3135 de 1956, para decidir en este caso concreto si hace extensiva al señor Embajador de China la inmunidad de jurisdicción civil para actos particulares, pues tal disposición solamente autoriza al Ministerio para elaborar reglamentos de carácter general".

13. Estima la Sala que la concesión de una determinada inmunidad, de conformidad con el Decreto 3135 de 1956, y según el sistema de la reciprocidad que el mismo Decreto establece, no depende de que en el país a que pertenece el diplomático se concedan en abstracto todas las inmunidades que reconoce Colombia, sino de que en ese país se otorgue la determinada inmunidad que aquí haga valer el diplomático. Si esa concreta inmunidad está reconocida también por el Gobierno del país a que el diplomático pertenece, y en idéntica extensión, es obvio que se produce

la figura de la reciprocidad, y no se ve por qué entonces no deba reconocerla Colombia.

14. En la República de China, como ya se vio, los diplomáticos extranjeros gozan de la inmunidad de jurisdicción civil "con respecto de actos ejecutados en su carácter oficial". Y en Colombia se les reconoce la misma inmunidad con relación a actos concernientes a una actividad que no sea ajena a las funciones del agente diplomático o que no implique el ejercicio de una acción real sobre bienes que se hallen dentro del territorio nacional, según se infiere del ordinal 4º del artículo 10 del Decreto 3135.

15. Para la Sala es por demás claro que los actos oficiales respecto a los cuales la República de China concede inmunidad de jurisdicción civil son los mismos actos relativos a una actividad no ajena a las funciones del diplomático, que de conformidad con el artículo 10 del Decreto 3135, Colombia coloca dentro de la esfera de la inmunidad de la aludida jurisdicción civil. Hay, pues, reciprocidad respecto a tales actos.

16. Esos actos oficiales o no ajenos a las funciones del diplomático no pueden ser aquellos actos específicos en los cuales se concretan las relaciones diplomáticas de país a país, ya que éstos, por su propia naturaleza, no pueden dar lugar a litigios ventilables ante los jueces civiles, por lo que mal podría concederse inmunidad de jurisdicción respecto a ellos. Para que esa inmunidad tenga algún sentido es obvio que debe referirse a actos que, sin ella, podrían suscitar litigios que normalmente tendrían que ser decididos por las autoridades jurisdiccionales civiles.

17. En principio la contratación de los servicios de un intérprete para que preste servicios en una Legación indudablemente es un acto típico de los acabados de aludir, pues, de una parte, no es de los que implican el ejercicio de las relaciones diplomáticas entre el país del Plenipotenciario y el país ante el cual está acreditado, y de otra, no tiene por finalidad el beneficio personal del dicho Plenipotenciario, sino el de la Legación, y, además, puede dar lugar a litigios susceptibles de ser decididos por las autoridades judiciales.

18. De conformidad con lo afirmado en el hecho segundo de la demanda, el actor fue traductor de la Legación de China, lo que resulta comprobado con el certificado que acompañó al libelo, expedido por el Secretario de la Legación china. Esto es, no trabajaba para los Ministros personalmente considerados, sino para la Legación, a falta de prueba en contrario, que no fue suministrada en la demanda ni durante el trámite de la excepción dilatoria. Por consiguiente, y de conformidad con lo antes expuesto, la contratación de sus servicios, por parte del Ministro chino, fue un acto oficial de éste, o lo que es lo mismo, un acto realizado en ejercicio de una actividad no ajena a sus funciones diplomáticas. Siendo esto así, resulta que respecto a tal acto está cobijado el Excelentísimo señor Ministro de la China por la inmunidad de jurisdicción civil que reconoce el artículo 10 del Decreto 3135 de 1956, y ya que, como se indicó arriba, respecto a la inmunidad para tales actos existe reciprocidad de tratamiento con la República de China.

19. El apoderado del demandante remitió a la Sala una traducción oficial de apartes de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, firmada en dicha ciudad el 18 de abril de 1961, entre otros países, por China y Colombia. Según el parágrafo primero del artículo 33, "un agente diplomático estará, en lo que concierne a servicios prestados para el Estado que lo envía, exento de las disposiciones laborales que rijan en el Estado que lo recibe". De conformidad con el parágrafo segundo, la exención anterior se hace extensiva a los sirvientes particulares del agente diplomático, con las excepciones en el mismo expresadas. Y a tenor del parágrafo tercero, "un agente diplomático que emplee personas a quienes no sea aplicable la exención establecida en el parágrafo 2º de ese artículo, observará las obligaciones que las disposiciones laborales del Estado que recibe la misión impone a los patronos".

El apoderado del demandante advierte que tal convención no ha sido ratificada por Colombia, pero que la presenta como "prueba plena, autorizada y de excepción de que la regla universal de derecho internacional hoy reconocida y aceptada por los 81 Estados signatarios, que son la casi totalidad de los del mundo, es la de la sujeción del agente diplomático a la legislación laboral del Estado receptor de la misión".

Lo anterior es cierto por lo que hace a los servicios prestados al agente diplomático personalmente considerado, pero no al Estado que lo envía, pues de conformidad con el parágrafo primero del artículo 33, con relación a los servicios prestados al Estado remisor se consagra exención respecto a las disposiciones laborales, o sea una inmunidad más amplia que la de la jurisdicción civil, ya que al no regir las disposiciones laborales, el agente diplomático no podrá ser demandado ni siquiera ante las autori-

dades de su país, como sí podría de sólo existir la inmunidad de jurisdicción. Ahora bien, ya se dijo que los servicios de traductor en una Legación no se entienden prestados al Ministro personalmente considerado, sino a la Legación, esto es, al país que la envía. Luego con relación a esos servicios quedaría cobijado el Ministro por la exención de legislación a que alude el parágrafo primero del artículo 33 de la Convención de Viena, y no podría ser objeto de demanda al respecto.

20. No está de más hacer notar que la doctrina se pronuncia decididamente en favor del reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción civil a los diplomáticos, y sin hacer distinción entre la clase de actos que ejecuten. "No es porque su persona sea sagrada —declaraba Vattel—, que los Embajadores no pueden ser citados ante la justicia; es por la razón de que ellos no caen bajo la jurisdicción del país al que son enviados... Agreguemos aquí que es del todo conveniente y aun necesario, que un Embajador no pueda ser citado ante la justicia, a fin de que no sea molestado en el ejercicio de sus funciones.

... No está en los poderes de un soberano someter a su jurisdicción al Ministro de otro soberano... Es, pues, muy conveniente a los deberes de las naciones, y conforme a los grandes principios del derecho de gentes, que por el uso y el consentimiento de todos los pueblos, el Embajador o el Ministro sea absolutamente independiente de toda jurisdicción del Estado en que él resida". (Droit de Gens, lib. IV, cap. VIII). y un autor moderno como Heyking afirma: "aunque el centro de los negocios de un Embajador se encuentra en el lugar de su misión, en el Estado que lo recibe, no adquiere allí un domicilio legal. Todas las pretensiones civiles que surgen durante el ejercicio de sus funciones y las que son producidas antes, son justiciables por los Tribunales del Estado que lo envía".

("L'extraterritorialité", II, pág. 272). Con ambos autores se declara en conformidad Raoul Genet en su "Traité de Diplomatie et de Droit Diplomatique". (T. I, pág. 567).

En mérito de todo lo expuesto, hay que reconocer el privilegio de inmunidad de jurisdicción civil alegado por el Excelentísimo señor Li Chin, con relación a la demanda que contra él presentó el señor Jorge Castillejo, por lo cual se resuelve:

Declárase probada la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción, y, en consecuencia, se ordena archivar el expediente.

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

Ramiro Araújo Grau.

Jorge García Merlano, Secretario.

REPOSICION Y APELACION. JURISDICCION COACTIVA

1. Del recurso de reposición sólo puede conocer el mismo funcionario que profiere la providencia recurrida. Normas sobre la apelación subsidiariamente interpuesta. — 2. A quién corresponde la competencia para conocer de las apelaciones de los autos dictados por los funcionarios investidos de jurisdicción coactiva.

1. Como es bien sabido, del recurso de reposición no puede conocer sino el mismo funcionario que profiere la providencia recurrida (art. 484, ord. 1º del C. J.), y de la apelación que subsidiariamente se interponga no puede decidir el superior a quien legalmente competa, sin que previamente haya sido concedido por el Juez a quo, como consecuencia de haber resuelto la reposición en forma adversa al recurrente.

2. La Corte no es competente para conocer de las apelaciones de los autos que dicten los funcionarios investidos de jurisdicción coactiva en asuntos nacionales, pues el artículo 3º de la Ley 67 de 1943 atribuyó el conocimiento de dichas apelaciones al Consejo de Estado y a los Tribunales Administrativos, según la cuantía, y este artículo no fue objeto de declaración de inexequibilidad por la Corte en punto a apelaciones, pues el pronunciamiento de inexequibilidad parcial que hizo en la sentencia de 26 de julio de 1944 (G. J., T. LVII, Nos. 2010/14, pág. 331), tan sólo cobijó la materia de los incidentes de excepciones y tercerías.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veinte de noviembre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau).

Al señor Jefe de la Sección de Recaudación de Impuestos Nacionales de la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, que seguía juicio ejecutivo contra los herederos de Jesús Antonio Velásquez Vélez por el importe de impuestos sucesorales, le fue solicitado por el apoderado de Benedicto Restrepo, quien seguía ejecución contra los mismos herederos ante el Juez Promiscuo del Circuito de Bolívar, que acumulara este último juicio al primeramente mencionado.

En auto de 18 de septiembre de 1961 el citado Jefe de la Sección de Recaudación de Impuestos Nacionales denegó la solicitud de acumulación, y en memorial introducido dentro de oportunidad legal el aludido apoderado de Benedicto Restrepo interpuso contra dicha providencia recurso de reposición y en subsidio de apelación.

En auto de 17 de enero de 1962 el expresado Jefe de la Sección de Recaudación dispuso que "para que se resuelva sobre la reposición a la acumulación que se pretende, vaya este expediente al honorable Tribunal Superior (Sala Civil) de esta ciudad".

El Tribunal en referencia (el de Medellín), en providencia de 15 de mayo del cursante año resolvió devolver el negocio, sin decidir sobre el recurso de reposición ni entrar a conocer del incidente de acumulación, ordenándole al funcionario remitente que le enviara a esta Sala de Negocios Generales de la Corte. Y efectivamente a esta Sala lo remitió el señor Jefe de la Sección de Recaudación de Impuestos Nacionales de Medellín, en virtud de providencia de 7 de junio.

Como es bien sabido, del recurso de reposición no puede conocer sino el mismo funcionario que profiere la providencia recurrida (art. 484, ord. 1º del C. J.), y de la apelación que subsidiariamente se interponga no puede decidir el superior a quien legalmente competa, sin que previamente

haya sido concedido por el Juez *a quo*, como consecuencia de haber resuelto la reposición en forma adversa al recurrente.

Por otra parte, la Corte no es competente para conocer de las apelaciones de los autos que dicten los funcionarios investidos de jurisdicción coactiva en asuntos nacionales, pues el artículo 3º de la Ley 67 de 1943 atribuyó el conocimiento de dichas apelaciones al Consejo de Estado y a los Tribunales Administrativos, según la cuantía, y este artículo no fue objeto de declaración de inexequibilidad por la Corte en punto a apelaciones, pues el pronunciamiento de inexequibilidad parcial que hizo en la sentencia de 26 de julio de 1944 (G. J., T. LVII, Nos. 2010/14, pág. 331), tan sólo cobijó la materia de los incidentes de excepciones y tercerías.

Debe, pues, el señor Jefe de Recaudación de Impuestos Nacionales de la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, resolver el recurso de reposición pendiente, y en caso de que la decisión sea adversa al recurrente, conceder para ante el Consejo de Estado el recurso de apelación que subsidiariamente interpuso el apoderado de Benedicto Restrepo.

En mérito de lo expuesto, la sala *resuelve:* declárase inhibida para conocer del presente negocio. Devuélvase a la oficina de origen.

Notifíquese e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

DECLARACIONES CONTRA LOS PARIENTES PROXIMOS. DOCUMENTOS PUBLICOS. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO POR CULPA DEL SERVICIO. ACTOS ADMINISTRATIVOS Y VIAS DE HECHO. COMPETENCIA DE LA JUSTICIA ORDINARIA

1. El principio consagrado en el artículo 25 de la Carta es el de la libertad del testigo para declarar o no en contra suya o de sus más próximos parientes. Esa norma reproducida literalmente en el artículo 227 del Código de Procedimiento Penal y desarrollada en el 674 del judicial, no prohibe al testigo declarar contra sí mismo ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, sino obligarlo a declarar si no se allana a hacerlo voluntariamente. Así lo ha entendido la Corte, quien en sentencia de 6 de diciembre de 1951 declaró inexequible el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, porque al disponer que "no se recibirá a nadie declaración contra su consorte, ni contra sus ascendientes, descendientes o hermanos", violaba la garantía específica de libertad para rendir testimonio que el artículo 25 de la Constitución consagra. "El artículo 226 —dijo entonces la Corte— viola el 25 de la Constitución Nacional. Aquél (se refiere a éste obviamente) estableció prohibición de obligar a nadie a declarar contra determinados parientes; con dicha prohibición va implícitamente envuelto el reconocimiento de una facultad para el testigo, de declarar o de abstenerse de hacerlo, con la correlativa obligación para el funcionario de recibírsela cuando aquél opte por rendirla; por lo tanto, al pronunciarse el legislador ordinario por la rotunda prohibición contenida en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal no otra cosa hizo que ampliar los términos de aquella garantía consignada en la Constitución" (CLXX, 738). La nulidad que en este caso alega el Ministerio Público apoyado en la autoridad de Carrara, no tiene, pues, cabida en el sistema probatorio vigente, porque la regla legislada de la cual pudiera predicarse el concepto doctrinal del maestro italiano no existe en los Códigos de Procedimiento Civil ni Penal por haber sido declarado inexequible precisamente por contrariar el principio de la libertad del testigo que como una excepción a la regla general de la obligación de rendir testimonio contiene el artículo 25 de la Constitución.

2. Se pierde de vista en la expresada crítica que lo que se trataba de acreditar no es algo que para ser comprobado requiera la prueba instrumental sino un hecho susceptible de serlo con otro género de prueba; y que el artículo 632 no se propone establecer una prueba técnica o específica que excluya otras especies probatorias, sino reconocer a los documentos a que se refiere el valor de prueba completa, por lo cual un hecho que estaría suficientemente demostrado con un instrumento expedido como esa disposición prescribe puede también comprobarse, en defecto de ese instrumento, con otras pruebas a las cuales la ley asigne el mismo mérito probatorio.

3. El hecho administrativo es cierta actividad de la administración, que por lo común tiene efectos jurídicos, y que en el caso concreto establecido en estos autos sería el resultado de un acto administrativo anterior, puesto que tendría por objeto ejecutar una decisión de la autoridad administrativa que para el caso lo era la militar: la de requisar cierto número de cabezas de ganado con fines de servicio público; esto es, que debería de ser la consecuencia de una manifestación de la voluntad del Estado expresada dentro de la esfera de facultades del funcionario con el ánimo de producir un efecto jurídico (el acto administrativo es una declaración de voluntad que hace una autoridad administrativa en el ejercicio de una facultad legal). Sin embargo, el General niega haber ordenado o siquiera haber autorizado la requisición, acto para el que afirma que carecía de facultad, y del

cual dice que "hubiera equivalido a tomar bienes de terceros sin el consentimiento de sus dueños", y que él no tenía tales atribuciones ni tomó esa determinación; y como el acto administrativo, como declaración que es de la voluntad del Estado, supone una forma, así sea verbal, pero que en todo caso exprese el propósito serio de ejercitar el poder decisorio de aquél para producir un efecto jurídico, y en este caso la autoridad a quien se atribuye la orden niega haberla dado y aun tener facultad para darla, es evidente que no fue un propósito realizar una expropiación ni en forma alguna tomar una decisión de carácter administrativo en ejercicio de la autoridad pública de que estaba investida. Y así, el hecho que privó de sus bienes a los demandantes asume el carácter de una simple vía de hecho autorizada o por lo menos cohonestada por la autoridad que en la zona militar era responsable de la seguridad de las personas y de la de sus bienes, o sea, como la consecuencia de la incitación a cometer un hecho ilícito o de la tolerancia de él por parte de la autoridad que estaba obligada a evitarlo, de las cuales se sirvió Fonseca para realizarlo; por lo cual esa incitación o esa tolerancia asumen el carácter de una culpa del servicio que por acción u omisión compromete la responsabilidad del Estado, con acción deducible ante la justicia ordinaria, según la doctrina de la Corte atrás aludida, pues que procede de una autoridad pública en ejercicio de la función que le estaba encomendada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, treinta de noviembre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo).

En el juicio ordinario promovido contra la Nación, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por el representante judicial de Jorge Vásquez Franco y Leonor Isaza de Vásquez, casados entre sí, mayores de edad y vecinos de Bogotá, sobre indemnización de perjuicios, ambas partes litigantes interpusieron recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Tribunal *a quo* el doce de agosto de mil novecientos sesenta y uno, la que, por este motivo debe ser revisada por la Corte, a lo cual se procede.

En la demanda con que se inició el juicio se formulan las siguientes peticiones:

Que se declare:

Primero. "Que la Nación colombiana —Estado colombiano o República de Colombia— es civilmente responsable de la totalidad de los daños y perjuicios morales y materiales, con sus elementos de daño emergente y lucro cesante, que les causó a mis poderdantes, señores Jorge Vásquez Franco y Leonor Isaza de Vásquez, de las condiciones civiles anotadas, por hechos directos y culpas civiles de funcionarios públicos que ocasionaron la pérdida o desaparición total de un hato o fundación de mis referidos poderdantes que poseían quieta y pacíficamente en los Llanos Orientales, denominado 'El Tamarindo', situado en la vereda de Palo Solo o Aguaclara, jurisdicción municipal de Zapatosa, Departamento de Boyacá, y que se componía de más de mil cabezas de ganado vacuno, de cría, levante y engorde, y de treinta y seis cabezas de ganado caballar y mular destinado al servicio de la fundación o hato, hechos ocurridos en los días 5 y 6 de septiembre de 1953;

Segundo. "Que como consecuencia de la declaración anterior se condene a la Nación colommana, Estado colombiano o República de Colombia, a pagar a mis representados, señores Jorge Vásquez Franco y Leonor Isaza de Vásquez, dentro del término que fije la sentencia, el valor de los siguientes daños materiales: a) Pérdida de una fundación o hato de más de cuatro mil hectáreas, con sus casas de habitación, corralejas de madera, sembradíos de yuca y plátanos, y cercas de potreros; b) El valor de seiscientas (600) vacas de cría, trescientas (300) cabezas de ganado de levante, entre machos y hembras, y doscientos (200) novillos y toros de más de dos años de edad; c) El valor de treinta (30) caballos y seis (6) mulas; d) Una bañadera para ganado, que en el año de 1945 le costó a sus dueños la suma de $ 4.500.00 y hoy vale mucho más; e) El valor de lo que le hubiera producido a sus dueños el hato nombrado mediante una administración normal, con mediano cuidado y diligencia, y f) Los perjuicios morales sufridos por los señores Jorge Vásquez Franco y Leonor Isaza de Vásquez por la pérdida de la totalidad de su patrimonio, que los redujo a la más absoluta pobreza, habiendo tenido que vender la única casa que poseían en Bogotá para pagar una deuda a la Caja Agraria de Sogamoso, y por la cual habían pignorado los ganados del hato 'El Tamarindo'. Durante el término probatorio se justipreciará esta indemnización".

La pretensión anterior se funda en los hechos que a continuación se transcriben:

"1º Los señores Jorge Vásquez Franco y Leonor Isaza de Vásquez fueron dueños y poseedores de un hato o fundación llamado 'El Tamarindo', ubicado en la vereda de Palo Solo o Aguaclara, compuesto de tres casas, corrales, potreros conucos (sembraderos o huertas), enseres de casa, más de mil cabezas de ganado vacuno y más de treinta de ganado caballar y mular, hato o fundación comprendido dentro de los siguientes linderos generales: 'Por el costado oriente, desde la desembocadura del brazo llamado 'Barrigón', en el río Cusiana, línea recta hacia el norte, pasando por el sitio llamado 'El Gusto', a dar al río Chiquito; por el norte, todo este río, aguas arriba, hasta el pie de la Cordillera, por el occidente, siguiendo la Cordillera hasta donde termina ésta en el río Cusiana, y por el sur, con el río Cusiana, aguas abajo, a dar a la desembocadura del brazo el 'Barrigón', primer lindero';

"2º El hato o fundación descrito en el punto anterior fue adquirido por mi representado, señor Jorge Vásquez Franco, por compra que hizo al señor Vicente Castro, según lo comprueba la escritura pública número 795 de 1º de octubre de 1940, de la Notaría Primera del Circuito de Sogamoso, que se halla debidamente registrada, y que acompaño a la presente demanda;

"3º Luego aumentó el señor Jorge Vásquez Franco lo que después se llamó el hato de 'El Tamarindo' por la compra que hizo al señor Carlos Antonio Cerón, mediante la escritura pública número 829 de 5 de noviembre de 1941, de la misma Notaría Primera de Sogamoso, debidamente registrada, de 'el derecho de dominio y posesión de las mejoras que tiene (el vendedor, señor Cerón) en un fundo o finca situado en la vereda de Palo Solo o río Chiquito, en jurisdicción del Municipio de Zapatosa, provincia de Sugamuxi, Departamento de Boyacá, cuyos límites son los siguientes: 'Por el norte, con el río Chiquito; por el sur, con el río Cusiana; por el oriente, con el hato denominado 'El Tamarindo', de propiedad del comprador (señor Jorge Vásquez Franco), y por el occidente, con la Cordillera';

"4º A su turno el tradente Vicente Castro había adquirido el hato vendido a mi poderdante por compra que hizo a Juan David Reyes y otro, según escritura número 267 de 17 de febrero de 1938, de la Notaría Tercera de Bogotá, debidamente registrada, y Reyes había adquirido de Benito Vega por escritura pública número 706 de 6 de julio de 1927, de la Notaría Primera de Sogamoso, también debidamente registrada. Todas las escrituras que acabo de citar las acompaño en copias auténticas y registradas a la presente demanda;

"5º Los demandantes, señores Jorge Vásquez Franco y Leonor Isaza de Vásquez, contrajeron matrimonio católico en la iglesia de Sogamoso el día 29 de agosto de 1929, como se comprueba con la respectiva partida de origen eclesiástico que se acompaña a la presente demanda;

"6º Desde la fecha de la adquisición del hato 'El Tamarindo', adquisición que se hizo para la sociedad conyugal Vásquez-Isaza, los nuevos dueños entraron en disfrute, posesión y goce tranquilo y pacífico de los bienes comprados, es decir, del hato o fundación 'El Tamarindo', con su ganadería, dependencias y mejoras;

"7º Como lo comprueban numerosos documentos informales que se acompañan a la demanda, el señor Jorge Vásquez Franco hacía frecuentes ventas de sus ganados, criados en su hato o fundación de 'El Tamarindo', para conducirlos a Villavicencio, Sogamoso y otros centros de consumo;

"8º La señora Leonor Isaza de Vásquez tenía inscrito su quemador o hierro para marcar ganados de 'El Tamarindo' en la Secretaría de Agricultura y Ganadería bajo el número 332, el 18 de noviembre de 1950;

"9º Es de público y notorio conocimiento, y de ello dan fe múltiples documentos oficiales que en el año de 1951 estalló en los Llanos Orientales la llamada violencia; grupos de guerrilleros armados se rebelaron contra las autoridades; gentes se dedicaron al pillaje, causando el terror en la región con horribles asesinatos, robos e incendios. El Ejército no podía controlar la situación por la forma como operaban tácticamente las guerrillas;

"10. A pesar del desorden y confusión, el hato de 'El Tamarindo' permanecía intacto, con las solas dificultades inherentes a la venta de ganados;

"11. El 13 de junio de 1953, por circunstancias bien conocidas del país, asumió la Presidencia de la república el señor General Gustavo Rojas Pinilla;

"12. El nuevo Gobierno se preocupó desde un principio por conseguir la pacificación de los Llanos Orientales, y en presencia de las dificultades para develar por la fuerza a los rebeldes, optó por llamar a los cabecillas y entrar con ellos en conversaciones amigables para que depusieran las armas;

"13. Fue así como el señor General Alfredo Duarte Blum, en su condición de Comandante General de las Fuerzas Armadas, tomó contacto con el señor Eduardo Fonseca Galán, jefe de las guerrillas que operabán en el Cusiana, y con él, y con varios ganaderos de la región, celebró numerosas conferencias en su Despacho, con el fin de pactar la paz;

"14. Eduardo Fonseca Galán, como jefe y dirigente de las guerrillas del Cusiana, exigía, para deponer las armas, que se le entregara una cantidad de dinero y mil reses para repartir entre las gentes pobres de la región que habían resultado damnificadas por la violencia, alegando que estas gentes habían quedado en la ruina, porque los guerrilleros, la Policía y el Ejército les habían quitado sus semovientes;

"15. El General Duarte Blum manifestaba en sus conversaciones que podía proceder a arreglos con los guerrilleros, porque estaba autorizado por el señor Presidente de la República, General Rojas Pinilla;

"16. Eduardo Fonseca Galán, en declaración rendida extrajuicio y que acompaño a esta demanda (folio 43), para ratificarla dentro del término probatorio, confiesa o acepta que durante los años de 1951, 1952 y 1953 comandó las guerrillas que actuaban en el Cusiana, en los Llanos de Casanare y especialmente en los Municipios de Zapatosa y Tauramena, del Departamento de Boyacá, y que tenía bajo su mando cuatrocientos hombres armados y unas ocho mil personas no combatientes. Agrega que con el cambio de Gobierno que se verificó el 13 de junio de 1953, los ánimos de los guerrilleros empezaron a calmarse con la esperanza de que tomaran medidas justas para conjurar la violencia y obtener la paz en los Llanos, y que por invitación del Gobierno el declarante viajó a Bogotá en el mes de agosto de 1953, para pactar la paz, y con ese fin celebró varias conferencias con el General Alfredo Duarte Blum, en su calidad de Comandante General de las Fuerzas Armadas. Al respecto dice el testigo que 'el General Duarte Blum (que según decía tenía amplios poderes del Presidente de la República) me autorizó, o mejor dicho, me ordenó que mandara coger el ganado (mil cabezas de ganado vacuno) que para tal fin solicitaba de los hatos grandes del Llano, dentro de la zona a mis órdenes, y que lo repartiera entre los damnificados antes de la entrega de las armas que debía verificarse el día nueve (9) de septiembre en la población de Tauramena'. Agrega el testigo: 'Recuerdo que le pregunté al General Duarte Blum si no había ningún peligro para los que recibían estos ganados una vez viniera la paz y los propietarios damnificados regresaran a sus hatos, y el General me contestó que él me daba esa autorización con plena autoridad del Presidente de la República, y que me respondía de que nada pasaría porque el Gobierno se arreglaría con los ganaderos en caso de algún reclamo, y que antes le llevara unas cabezas de ganado a Tauramena para el día de la entrega de armas, porque allá estaba escasa la carne'. Prosigue el testigo en su importante declaración: 'En nuestra última entrevista el General Duarte Blum convino conmigo en facilitarme un avión de las Fuerzas Armadas para que me trasladara inmediatamente al Llano a reunir las gentes a mis órdenes y los ganados que me autorizaba para que de todos modos mis hombres entregaran las armas en Tauramena el día nueve (9) de septiembre de ese año, y fue así como al día siguiente mandó a mi casa en esta ciudad su automóvil particular para que me llevara a Madrid (Cundinamarca), en donde el Beaver número 107 de la FAC me condujo al sitio denominado Cupiagua, ubicado dentro de la zona que yo comandaba, y quiero aclarar que el General Duarte Blum, como Comandante General de las Fuerzas Armadas y como comisionado del Presidente de la República, General Rojas Pinilla, únicamente tenía como fin primordial negociar la entrega de armas por parte nuestra para así iniciar la pacificción de los Llanos Orientales y la de todo el país. Al 8º. Es cierto que en el plazo de que disponía para la recolección y repartición de los ganados que me autorizó hacer el General Duarte Blum antes de la entrega de armas era demasiado corto, yo envié un grupo de hombres para que sacaran los ganados de los hatos más próximos en una cantidad no inferior a mil (1.000) cabezas, con el fin autorizado por el General Duarte Blum, como efectivamente se hizo, y puedo comprobarlo, no fui personalmente a hacer este trabajo porque mis ocupaciones en esos días para reunir gentes y armas eran intensas. Declaro que los ganados para la repartición noté que la mayoría pertenecían a los esposos Jorge Vásquez Franco y Leonor Isaza de Vásquez, que ellos poseían en su hato denominado 'El Tamarindo', en jurisdicción de Zapatosa, hoy Agua Azul, y una mínima parte era del hato 'Grimania', de propiedad del señor Eusebio Moreno; de las mil reses, ochocientas eran de los esposos Vásquez-Isaza y doscientas del señor Moreno. Al 9º. El General Duarte Blum me dijo que mientras las Fuerzas Armadas estuvieran en el poder y que, en su concepto, sería por un largo tiempo, él respondía en

nombre del Gobierno, por lo que prometía al hacer ese arreglo, también anoto que estos ganados, los que los recibieron, los condujeron a sus fincas pasando por diferentes puestos militares en donde recibieron ayuda y garantías, entre otros por el de Pajarito, comandado por el Capitán Etelberto Guarín Martínez, y además los salvoconductos que el Ejército dio a los guerrilleros y civiles el día de entrega de armas en Tauramena comprobaban el recibo de estos ganados que amparaban su entrega, ganados que los beneficiados debían dedicar únicamente a la cría para lograr la repoblación de ganado de la región, aprobado. Al 10. Si no recuerdo mal el que comandaba la patrulla que sacó el ganado fue Pablo Alberto Figueredo, el nombre de los otros hombres no lo recuerdo por el momento, pero puedo citar los de personas que recibieron de este ganado y que vieron la repartición que hice, tales como Alfonso Otálora, Rafael Monroy, Salvador Cantor, Alberto Velandia y cien personas más, si es necesario. El día 8 de septiembre, la víspera de la entrega de armas, me entrevisté en Tauramena con el General Duarte Blum, y allí me preguntó que si había repartido el ganado y que si había llevado las reses para la alimentación de la gente; le contesté que lo primero sí lo había hecho pero que no había alcanzado el ganado para llevarlo a Tauramena; me dijo el General: lo primero está muy bien, pero lo segundo no, porque no hay qué darle de comer a la gente'.

"17. Así, pues, el señor General Alfredo Duarte Blum, en su calidad de Comandante General de las Fuerzas Armadas (como lo compruebo con los documentos de nombramiento y posesión), autorizó al jefe de las regiones del Cusiana, señor Eduardo Fonseca Galán para tomar o sacar de los diferentes hatos de la región mil reses, con destino a las gentes pobres damnificadas, como lo demuestra la declaración del propio Eduardo Fonseca Galán, y lo corroboran varias otras declaraciones extrajuicio que acompaño a la demanda, para que luego sean ratificadas en el término probatorio;

"18. Apoyado en esta autorización del Comandante General de las Fuerzas Armadas, Eduardo Fonseca Galán dio orden a su hermano Eulogio Fonseca Galán para que con gentes de las guerrillas a él subordinadas procedieran a tomar las mil cabezas de ganado;

"19. Efectivamente, Eulogio Fonseca Galán, por orden de su hermano Eduardo, jefe de las guerrillas del Cusiana, a su turno autorizado por el Comandante General de las Fuerzas Armadas, General Alfredo Duarte Blum, y ayudado por Pablo Alberto Figueredo, un individuo apodado 'El Cachicano', Gabriel Ruiz y otros guerrilleros, sacó del hato 'El Tamarindo' ochocientas reses, como el propio Eulogio Fonseca Galán lo atestigua en estos términos, y luego de afirmar que siempre conoció el hato de 'El Tamarindo' como de propiedad de los señores Jorge Vásquez Franco y Leonor Isaza de Vásquez, que ese hato constaba de mil trescientas (1.300) cabezas de ganado vacuno y de las bestias necesarias para el servicio de la fundación: 'Sí es verdad que en los primeros días del mes de septiembre de mil novecientos cincuenta y tres (1953) estuve sacando un ganado del hato de 'Tamarindo', de propiedad de los señores Jorge Vásquez Franco y Leonor Isaza de Vásquez, en compañía de Pablo Alberto Figueredo, de un individuo apodado 'El Cachicano'', cuyo nombre no recuerdo, y de un tal Gabriel Ruiz, el resto de la gente no me acuerdo sus nombres, puesto que en las guerrillas se llamaba al personal por apodos. Ese ganado lo saqué por orden de Eduardo Fonseca Galán, para repartirlo dentro de las gentes pobres de la región, en especial los del Cerro, a quienes el Ejército, en su mayoría, y las guerrillas habían expropiado su ganado, para su sostenimiento, y otros haberes, dejándolos completamente en la miseria'. Leída y aprobada. Al punto sexto manifestó: 'Sé y me consta que el señor Eduardo Fonseca Galán llegó de Bogotá, después de haber negociado prácticamente la entrega de la guerrilla que él comandaba al Gobierno que instauró el General Gustavo Rojas Pinilla, y nos manifestó que el General Alfredo Duarte Blum lo había autorizado para sacar ganado de los hatos en su zona que le correspondía, como comandante guerrillero, para repartirlo dentro de la gente pobre que había dejado el Ejército, en particular, y las guerrillas'. Leída y aprobada. Al punto séptimo expresó: 'Saqué alrededor de unas ochocientas (800) cabezas de ganado vacuno, sin sacar los becerros o 'mautes', que se denominan aquí en el Llano, por la razón de que no estaban herrados, ni resistían a la marcha a que se les iba a someter'.

"20. Resulta importante transcribir aquí lo que el propio testigo Eulogio Fonseca Galán afirma en su declaración: 'Al punto octavo manifestó: 'Sí es verdad que durante mucho tiempo el Ejército que operaba en la región tenía terminantemente prohibida la movilización de ganados en los hatos; pero una vez que el General Duarte Blum autorizó a Eduardo Fonseca Galán verbalmente para sacar ganado de los hatos, con el fin de indemnizar a las gentes pobres damnificadas, se levantó esta prohibición, y fue así como se per-

mitió, tanto a mí como a mis compañeros, movilizar las cabezas de ganado que tomamos del hato 'El Tamarindo', de propiedad de don Jorge Vásquez Franco y su esposa, doña Leonor Isaza de Vásquez'. Leída y aprobada. Al punto noveno expresó: 'El día ocho (8) de septiembre de mil novecientos cincuenta y tres (1953) me embarqué en un avión de la Fuerza Aérea Colombiana (FAC), por invitación del señor General Alfredo Duarte Blum, en el puesto de Monterrey, a donde me había trasladado por asuntos políticos; en dicho avión me acuerdo que iban en vuelo hacia Tauramena el antes mencionado General, el General Muñoz Berrío, de quien me acuerdo particularmente, que llevaba un revólver treinta y dos (32) largo, dentro de una chapuza hecha de cuero de tigrillo o tigre, una cosa así parecida. El entonces Coronel Alberto Gómez Arenas, hoy General, al llegar a Tauramena, al poco rato, llegó Eduardo Fonseca, a caballo, en compañía del señor Pablo Alberto Figueredo y otros señores de la guerrilla, que comandaba este señor. Allí, ante el General Duarte, quien era el representante del Gobierno, Eduardo Fonseca los presentó. En ese momento los fotógrafos de la prensa, quienes se identificaron, tomaron unas fotos, con el General Duarte Blum. Debo advertir que el General Duarte Blum le preguntó a Eduardo Fonseca textualmente: Eduardo, ¿sacó el ganado? Eduardo le contestó: 'Sí, mi General'. El General le preguntó nuevamente a Eduardo: "¿Y trajiste las reses para el asunto de la entrega de las armas?' Y Eduardo le contestó: 'Sí, mi General, se traen las reses para el día de la entrega, y saqué el ganado; pero, mi General —dijo Eduardo—, yo no quiero que mañana, o más tarde, nosotros, yo, los Fonsecas, vayamos a la cárcel por sacar ese ganado'. El General Duarte contestó: 'No hay ningún inconveniente en esto, puesto que yo estoy autorizado por el Gobierno para esto; y si quieres mañana mismo te traigo un avión militar para que viajes al Ecuador con todos tus familiares, mientras pasan todas estas cosas'. Llegaron otros aviones en ese momento; no sé si militares o particulares, donde llegaron de personas que me acuerdo, el doctor Jorge Santos, el doctor Sergio Reyes y otros, entre los que me acuerdo el profesor Jorge Bejarano, para arreglar la situación de la entrega de las armas de las guerrillas y los salvoconductos que el Ejército debía de entregar al personal de la guerrilla, para quedar a paz y salvo con la justicia'. Leída y aprobada. Al punto décimo expresó: 'El reparto se cumplió por intermedio de Eduardo Fonseca, quien era el Comandante, al personal de las regiones de Pajarito, Recetor, Huerta Vieja y, en la mayoría, a gentes exiladas del Municipio de Miraflores, personas que Eduardo Fonseca únicamente conocía sus nombres, de los cuales yo nó lo sé. Se repartieron alrededor, más o menos, ochocientas (800) cabezas, porque ese ganado yo no volví después a ver nada. Es decir, el número más o menos del ganado que se sacó de 'El Tamarindo', de propiedad de los señores Jorge Vásquez Franco y la señora Leonor Isaza de Vásquez'. Leída y aprobada. Al punto décimoprimero contestó: 'El ganado que se llevó del hato de 'El Tamarindo', de los señores antes mencionados, eran aproximadamente unas ochocientas reses, su clase era cruzada de cebú; la edad era de unos dos años y medio en adelante, ya que los becerros no los llevamos, por falta de marca y porque no resistían la marcha. Del ganado macho se llevaron alrededor de unas doscientas cabezas de ganado. La calidad era más o menos de media ceba, a mi modo de ver, por su calidad'. Leída y aprobada. Al punto décimosegundo expuso: 'El ganado lo sacamos en compañía de Pablo Alberto Figueredo, de un tal 'Cachicano', cuyo nombre no recuerdo, de Gabriel Ruiz, persona muerta a manos del Ejército, después de estos acontecimientos, y de cuatro personas más, de quienes no me acuerdo sus nombres, pues que se llamaban por apodos'. Leída y aprobada.

"Debo anotar que Pablo Alberto Figueredo, en declaración extrajuicio que también acompaño, confirma todo lo dicho por el testigo Eulogio Fonseca Galán en cuanto a la sacada del ganado.

"21. El resto del ganado que quedó en el hato 'El Tamarindo', después de sacadas las ochocientas cabezas por Eulogio Fonseca Galán, con orden de Eduardo Fonseca Galán, fue sacado posteriormente, y con base en la autorización del General Alfredo Duarte Blum, por Carlos y Gabriel Roa, jefes de las guerrillas del Upía, en número aproximado de trescientas (300) cabezas;

"22. Quedó, pues, totalmente despoblado de ganado el hato de propiedad de mis clientes, quienes, a la postre, vinieron a pagar exclusivamente la pacificación del Llano;

"23. En estas condiciones, los señores Jorge Vásquez Franco y Leonor Isaza de Vásquez se vieron obligados a abandonar la fundación a que tánto cariño le habían puesto, y se radicaron en Bogotá en muy difíciles circunstancias pecuniarias, por la pérdida total de su patrimonio;

"24. Presento el certificado expedido por la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero

de Sogamoso, la cual, por conducto de sus Inspectores Avaluadores, con fecha 12 a 16 de diciembre de 1947 (cinco años antes del atropello que los privó de sus bienes de fortuna), practicó el avalúo de los ganados del hato 'El Tamarindo', con el siguiente resultado:

"200 vacas paridas, entre 3½ a 6½ años, a $ 80.00 ... ...$	16.000.00
"200 crías de las vacas, menores de año,	
"250 vacas horras, de 3½ a 6½ años, a $ 70.00	17.500.00
"250 novillas, de 1½ a 3 años, a $ 70.00	17.500.00
"16 toros reproductores (con cruce de cebú), de 3 a 5½ años, a $ 350	5.600.00
"118 toretes, de 2 a 3 años, a $ 75	8.850.00
"16 bueyes, de 5 a 7 años, a $ 150	2.400.00
"1.050 que figuran en documento de préstamo que hizo la Caja y que se encuentra vigente.	
"Los ganados mencionados fueron avaluados en . ...$	67.850.00

"También aparte de los ganados que figuran en el documento, poseían en su balance figuran 350 cabezas de ganado vacuno llanero, más, por un valor de $ 21.000, y 70 cabezas de ganado equino de cría y servicio, por un valor de $ 5.600.00.

"Todos los ganados antes mencionados se encontraban marcados con la cifra de propiedad de los señores Vásquez-Isaza, que consiste en *(VF)* (iniciales de los apellidos Vásquez Franco), el cual se halla endosado a favor de la Caja, según diligencia en la Alcaldía Municipal de Sogamoso, de fecha 12 de agosto de mil novecientos cuarenta y uno (1941).

"Sogamoso, noviembre 7 de 1953".

"25. Durante la violencia, y para evitar el abigeato, tan frecuente, el Jefe Civil y Militar de los Llanos Orientales expidió su Decreto número 13 de 1952 (septiembre 11), que fue aprobado por el Gobierno Nacional por medio del suyo número 2346 (septiembre 30), que inmovilizaba el ganado de los hatos de los Llanos. A propósito, en su artículo 5º se dispuso: 'La movilización de los ganados dentro del territorio de la jurisdicción de la Jefatura, o con destino a los centros de consumo, será autorizada y dirigida y controlada exclusivamente por la Jefatura Civil y Militar.

"Los ganaderos interesados en la movilización de sus ganados, deberán elevar ante la Jefatura una solicitud a la cual acompañarán los siguientes documentos:

"a) Su identificación personal;

"b) La comprobación de que en su contra no se instruye proceso alguno de los que son de competencia de la Justicia Penal Militar;

"c) La indicación del nombre de la finca donde el ganado se encuentre y su ubicación exacta;

"d) El número de cabezas de ganado que desea movilizar, con especificación de marcas y sexo del ganado;

"e) Los certificados de registro de todas las marcas que lleven los ganados;

"f) Papeletas de compra-venta, debidamente legalizadas, y

"g) Comprobación de la propiedad del ganado hasta el tercer vendedor anterior".

"26. A pesar de las exigencias para transportar ganado, con motivo de la autorización dada por el señor Comandante General de las Fuerzas Armadas, General Alfredo Duarte Blum, para que los guerrilleros de Eduardo Fonseca Galán tomaran las mil reses de los diferentes hatos de la región, los Jefes de los Puestos Militares recibieron órdenes superiores de permitir el tránsito de vacunos, precisamente para que el citado Fonseca Galán pudiera sacar los ganados para que está autorizado. Al respecto dice en la declaración que presentó el señor Coronel Luis Alejandro Castillo, Comandante del Grupo de Caballería 'Páez', con jurisdicción en los Llanos Orientales durante los años de 1952 y 1953: 'Por los meses posteriores al trece de junio, mientras ocurrían las conversaciones del Gobierno con los cabecillas recibí orden de limitar su actividad, permanecer en sus puestos y no comisionar, seguramente con el ánimo de evitar encuentros que pudieran entrabar las mismas conversaciones. Sin embargo, de los puestos y patrullas que operaban por las costas del Cusiana, el Upía y el Charte, así como por informaciones de particulares y de los mismos bandoleros del Tuerto Giraldo (quienes estaban interesados en parlamentar con mi Comando), tuve noticias oportunas de que los Fonsecas y su gente estaban recogiendo los ganados del hato 'El Tamarindo', de propiedad del señor Jorge Vásquez Franco y señora Leonor Isaza de Vásquez, y que estaban siendo arriados precipitadamente hacia la Cordillera'. Agrega este testigo: 'que el señor

Jorge Vásquez siempre estuvo presente para reclamar sus derechos no obstante la anormalidad reinante'.

"De su parte, el señor Capitán Etelberto Guarín Martínez, Comandante del Puesto Militar acantonado en 'Pajarito' (Boyacá), durante los meses de julio, agosto y septiembre de 1953, declara: '6º. Me consta que después de la entrega de armas en los sitios anteriormente citados, los guerrilleros habitantes de la región que estaba bajo mis órdenes regresaron a sus hogares y se dedicaron a trabajar sus tierras y a vivir en paz, los que pasaban por el Puesto Militar presentaban el salvoconducto de que iban provistos, expedidos por el Puesto Militar en donde habían entregado las armas; unos pocos no conducían ganado vacuno, pero la mayoría llevaban, unos tres (3) cabezas y otros cuatro (4), y en los salvoconductos de los que portaban ganado tenían una nota que decía que el beneficiado conducía determinado número de ganado, que el comandante guerrillero Eduardo Fonseca Galán les había entregado por orden del Comandante de las Fuerzas Armadas de Colombia, General Duarte Blum, para ayuda de su rehabilitación económica. 7º. Sé y me consta, porque el salvoconducto a que hice mención en el punto anterior decía que el número de cabezas de ganado vacuno que el beneficiado conducía le había sido entregado por Eduardo Fonseca Galán y por orden del General Alfredo Duarte Blum, y porque además recibí instrucciones de mis superiores jerárquicos de que no permitiera que este ganado que les había sido entregado a los guerrilleros y a los damnificados por la violencia para su rehabilitación económica y para la repoblación de ganados en la región, fuera objeto de comercio, sino que debía permanecer en la región para dedicarlo a la cría. 8º. Sí es verdad y me consta que los comandantes guerrilleros Emilio Vargas y hermanos Monroy regresaron a la región con un número considerable de ganado. 9º. Sé y me consta que el ganado que Eduardo Fonseca entregó a los guerrilleros por autorización del General Duarte Blum, fue tomado del hato 'El Tamarindo', primero porque varios conocedores de los ganados y del hato me lo informaron, y segundo porque el señor Jorge Vásquez me presentó el registro del hierro que él y su esposa usaban para marcar los ganados de su propiedad en el hato 'El Tamarindo'. Y los ganados entregados por Fonseca a los guerrilleros estaban marcados con la cifra quemadora que él presentó. 10. Sí es verdad que ante la comprobación que el señor Jorge Vásquez Franco me hizo de que los ganados eran de su propiedad y que le habían sido expropiados, y teniendo en cuenta que no era justo que a un solo ganadero se le despojara de un alto número de ganado, y a pesar de la oposición de los hermanos Monroy, ordené que se le entregara al señor Vásquez diez y seis (16) cabezas de ganado vacuno que comprobó ser de su propiedad dentro de un lote de unos 30 que ellos habían llevado. 11. Sí es verdad que después de hecha la repartición por Fonseca, de ganados a los guerrilleros, la región quedó repoblada y la ganadería inició su marcha normal. 12. Las instrucciones que recibí de mis superiores fueron las de que el ganado se les había dado era para su rehabilitación económica y la repoblación de ganado de la región, y que por lo tanto no debía permitir que estos ganados fueran sacrificados ni objeto de comercio, y mucho menos que fueran sacados de la región donde los beneficiados tenían sus fincas y sus hogares'.

"27. Fue *vox populi* en la comarca que los guerrilleros procedieron a recoger las mil cabezas de ganado vacuno con autorización del General Duarte Blum, autorizado éste, a su turno, por el Presidente de la República;

"28. Las declaraciones de los señores Gustavo Reyes Calderón, doctor Sergio Reyes Moreno, Capitán Elberto Riveros Pescador y doctor Jorge Santos, confirman en sus puntos esenciales todo lo que dejo dicho y afirmado. En obsequio de la brevedad omito transcribir parte de estas importante piezas, las cuales habré de analizar a espacio en su oportunidad procesal. Si he transcrito apartes de otras declaraciones, no ha sido con el propósito de hacer el estudio crítico-jurídico de las pruebas, cuestión que encuentra su lugar apropiado en el alegato de conclusión, sino para ponerle presente al Tribunal la seriedad de mi demanda y los sólidos fundamentos en que ella descansa;

"29. Cumplidas las exigencias de los guerrilleros, es decir, entregadas a ellos las mil reses que pedían, depusieron las armas y se firmó la llamada paz de Tauramena el día 9 de septiembre de 1953, de todo lo cual dio cuenta profusamente la prensa hablada y escrita del país, y se obtuvo la anhelada paz de los Llanos Orientales;

"30. Fue así como mis poderdantes, señores Jorge Vásquez Franco y Leonor Isaza de Vásquez vinieron a la postre, con la pérdida de la totalidad de su capital a financiar la paz de los Llanos Orientales;

"31. Según las declaraciones de los numerosos testigos que presento, el señor General Al-

fredo Duarte Blum prometió a los guerrilleros que el Gobierno arreglaría con los dueños de los ganados que se les sustrajeran de sus hatos, y especialmente le hizo esta promesa formal al señor Jorge Vásquez Franco cuando ante él se quejó de las depredaciones que había sufrido. (Declaración del señor Gustavo Reyes Calderón);

"32. De estos arreglos con los guerrilleros da fe el propio General Gustavo Rojas Pinilla, cuando en el sonado proceso que se le siguió ante el Senado de la República, dijo: 'Como contaba en la exposición de ayer, en mi visita a Arauca hablé con algunos guerrilleros importantes, que me manifestaron sus deseos de que viniera la paz y se presentara el surgimiento económico de esa región. Y los llaneros fueron pacificados. Esos guerrilleros entregaron las armas a la comisión encabezada por el General Duarte Blum. Como internacionalmente era la región fatídica o la mancha negra que había en Colombia, en mi visita, en la primera visita que hice a los Llanos invité a 45 periodistas de los Estados, Unidos. Ellos me acompañaron a diferentes guarniciones y pudieron constatar que los Llanos estaban pacificados;

" 'Cuando visité a Arauca y Tame por invitación expresa de los principales guerrilleros, encabezados por Guadalupe Salcedo, tuve la oportunidad de conocerlos personalmente, y lo hice, señores Senadores, en un acto que calificaron de imprudente. La invitación me la hacían los guerrilleros para que visitara a Tame, que era el centro donde ellos estaban reunidos y desde donde dirigían sus cultivos. A ellos se les recibieron las armas; la Caja Agraria les prestó alrededor de diez millones de pesos, dinero que, como les informaba en otra ocasión a los señores Senadores, fue devuelto casi en su totalidad'. (Anales del Congreso del martes 3 de marzo de 1959, que acompaño a esta demanda).

"33. Como lo demuestro con las copias de las declaraciones de renta de mis clientes que presento, antes del incalificable abuso de que fueron víctimas por la inexplicable conducta del Comandante General de las Fuerzas Armadas, declaraban un respetable patrimonio y una jugosa renta. Hoy, después de lo ocurrido, nada tienen que declarar, por la pérdida total de su patrimonio, y consiguientemente de la renta;

"34. Mis representados sufrieron tremendos perjuicios morales. Es apenas natural que una persona que tiene un holgado y cómodo pasar, y sorpresivamente lo pierde en una edad en que es difícil reconstruírlo, experimente un grave choque moral. Muchos, con menos coraje que mis clientes, han padecido desequilibrios psíquicos y aun no han soportado la vida ante un traumatismo financiero de esta naturaleza".

Al libelo acompañaron los demandantes los siguientes documentos: a) copias de las escrituras públicas números 706 de 6 de julio de 1927, 267 de 17 de febrero de 1938, 795 de 1º de octubre de 1940 y 829 de 5 de noviembre de 1941, la segunda de tales escrituras, de la Notaría Tercera de Bogotá, y las restantes de la Notaría Primera de Sogamoso; b) certificado número 201 del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del mismo Circuito de Sogamoso, documentos relacionados con la titulación del inmueble denominado "El Tamarindo"; c) copia del Decreto y posesión del General Alfredo Duarte Blum del cargo de Comandante General de las Fuerzas Armadas; d) comprobantes de la inscripción del hierro o quemador para marcar ganados a favor de la señora Leonor Isaza de Vásquez; e) carta dirigida por la Caja Agraria, número 362 de 27 de octubre de 1955, que demuestra los pagos hechos por el señor Jorge Vásquez Franco a esa entidad por créditos que se le habían otorgado para su ganadería; f) certificado del Jefe Civil y Militar de los Llanos Orientales, según el cual la fundación "El Tamarindo" fue afectada por la violencia; g) declaraciones extrajuicio rendidas por los señores Gustavo Reyes Calderón, Coronel Luis Alejandro Castillo, Capitán Pío Elberto Riveros Pescador, doctor Jorge Santos, Eulogio Fonseca Galán, Pablo Alberto Figueredo, Eduardo Fonseca Galán, doctor Sergio Reyes Moreno, Capitán Etelberto Guarín Martínez y Capitán Arturo Escrucería Bustos; h) carta dirigida por Eduardo Fonseca a los ex revolucionarios y personal civil, la cual versa sobre algunos hechos afirmados en la demanda; i) "Anales del Congreso", que relatan algunas exposiciones hechas por el General Gustavo Rojas Pinilla en el proceso que se le siguió ante el Senado de la República; j) partida de matrimonio del señor Jorge Vásquez Franco con la señora Leonor Isaza de Vásquez; k) en tres (3) fojas útiles, documentos que comprueban que los demandantes fueron damnificados; l) algunas declaraciones de renta y patrimonio de los demandantes Jorge Vásquez Franco y Leonor Vásquez, mejor dicho, de Leonor Isaza de Vásquez; ll) copias informales de dos decretos sobre orden público en los Llanos Orientales, y m) nueve documentos informales que acreditan contratos de ventas de ganados, celebrados por el señor Jorge Vásquez Franco, de su ganadería de "El Tamarindo" con varias personas. Du-

rante el término probatorio produjeron además las a que más adelante habrá de hacerse referencia, en lo que fuere pertinente para los efectos de este fallo.

De la demanda formulada se dio traslado al Fiscal Cuarto del Tribunal, quien la contestó admitiendo los hechos quinto, octavo, noveno (parcialmente, en cuanto a la alteración del orden público en los Llanos Orientales), undécimo, duodécimo (también parcialmente, en cuanto a la preocupación del Gobierno por restablecer el orden) y vigésimoquinto; negando los hechos décimosexto, décimoseptimo, décimoctavo, vigésimosexto, vigésimoctavo y trigésimoprimero, y manifestando no constarle los demás. Consecuente con el desconocimiento que hace de los hechos en que principalmente se apoya la acción, se opone a ella y pide que la Nación sea absuelta de los cargos que se le formulan.

La primera instancia terminó con el siguiente fallo proferido por el Tribunal de primer grado en la fecha ya indicada:

"*Primero.* Declárase que la Nación colombiana es civilmente responsable de los perjuicios materiales y morales que por faltas del servicio sufrieron los demandantes Jorge Vásquez Franco y Leonor Isaza de Vásquez, al serles sustraídas ochocientas cabezas de ganado de su propiedad del hato 'El Tamarindo', situado en la vereda de Palo Solo o Agua Clara, del Municipio de Zapatosa, Departamento de Boyacá, en los días cinco y seis de septiembre de mil novecientos cincuenta y tres (1953).

"*Segundo.* Condénase, en consecuencia, a la Nación colombiana a pagarle a los demandantes, Jorge Vásquez Franco y Leonor Isaza de Vásquez, el valor de las ochocientas cabezas de ganado a que se refiere el punto anterior, el cual se fijará mediante el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial, y teniendo en cuenta lo dicho en el capítulo referente a los perjuicios materiales, daño emergente.

"*Tercero.* Condénase igualmente a la Nación colombiana a pagar a los demandantes mencionados el valor del lucro cesante producido por la pérdida de las ochocientas cabezas de ganado a que se hizo referencia, desde la fecha en que se produjo la sustracción de las mismas y hasta cuando el pago de éstas se verifique.

"*Parágrafo.* El monto de esta condena se determinará mediante el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial, y teniendo en cuenta lo dicho en el capítulo correspondiente a los daños materiales, lucro cesante.

"*Cuarto.* Condénase, asimismo, a la Nación colombiana a pagarle a cada uno de los demandantes precitados la cantidad de un mil quinientos pesos ($ 1.500.00) moneda corriente, por concepto de perjuicios morales no objetivados.

"*Quinto.* Niégnase (sic) las demás peticiones formuladas en la demanda, de cuyos cargos se absuelve a la Nación.

"*Sexto.* No se hace condena en costas".

La segunda instancia se ha adelantado con el señor Procurador Primero Delegado en lo Civil, como representante de la Nación.

Este funcionario ha sostenido en esta instancia, en su alegato de conclusión, la incompetencia de los Jueces ordinarios para conocer en el negocio, por cuanto considera que dada la naturaleza de éste corresponde a la jurisdicción especial de lo contencioso administrativo conforme a la doctrina expuesta por el Consejo de Estado en su fallo de 16 de junio de 1959 ("Anales", t. LXI-bis, 110-121). Esta Sala, en providencias de 4 de noviembre de 1959 (XCI, 1265 ss.), 11 de mayo de 1960 (XCII, 1154 ss.) y 31 de agosto de 1962, no publicadas todavía en la *Gaceta Judicial* (ordinario de Antonio José Restrepo contra la Nación), ha examinado y afirmado la sumisión de casos como al a que se refieren estos autos a la jurisdicción de la justicia ordinaria, sin que para controvertir sus conclusiones se hayan aducido razones distintas de las ya tenidas en cuenta en las mencionadas sentencias, por lo cual no se entiende que sea necesario exponer de nuevo las razones ya expresadas para afirmar la competencia de los Jueces ordinarios en los casos en que el daño es causado por culpa de la administración, desde luego que no se trata de expropiación de los semovientes verificada en los términos del numeral 10 del artículo 34 del Código Contencioso Administrativo.

El hecho cardinal de los en que la parte actora funda su derecho a la indemnización que reclama, es la pérdida de cierto número de cabezas de ganado vacuno sustraídas de su finca "El Tamarindo" a poco de haber asumido las funciones propias del Presidente de la República el ex General Gustavo Rojas Pinilla, sustracción acaecida con motivo de la pacificación de los Llanos Orientales y ejecutada por agentes o secuaces de Eduardo Fonseca Galán, jefe de las guerrillas que operaban en la región de Cusiana, y por orden de éste, con anuencia del Comandante General de las Fuerzas Armadas, Brigadier General Alfredo Duarte Blum, quien en ejercicio de sus funciones estimuló o favoreció semejante despojo.

Y en efecto:

El ex Teniente General Gustavo Rojas Pinilla, en testimonio dado en la causa, informa que como consecuencia del cambio de Gobierno en 1953, las gentes alzadas en armas en los Llanos Orientales ofrecieron entregarlas y dedicarse al trabajo, para lo que solicitaron seguridad y facilidades, y especialmente que se les dieran dineros al través de la Caja de Crédito Agrario; por lo cual autorizó ampliamente al mencionado Brigadier General para que en su condición de Comandante General de las Fuerzas Armadas, en comisión para la pacificación del Llano, atendiera aquellas peticiones.

Duarte Blum admite, por su parte, que el jefe de las guerrillas del Cusiana, Eduardo Fonseca Galán, quien fuera Suboficial de la Escuela de Artillería cuando el deponente era comandante de ese instituto, le advirtió las dificultades con que el mismo Fonseca tropezaría para disolver las guerrillas, y le insinuó que para evitarlas "podría formarse un fondo de ganados, de unas mil cabezas, que se formaría con contribuciones de los dueños de hatos", idea que al testigo le pareció muy buena, porque sumada a las que tenía para arraigar a los guerrilleros nuevamente a la tierra, haciéndolos propietarios de algo, contribuiría a consolidar la paz en los Llanos; que, en consecuencia, comisionó al doctor Reyna (cuyo nombre dijo no recordar) para inquirir de los ganaderos residentes en Sogamoso su opinión al respecto, ofreciéndose él mismo para hablar sobre el particular con los residentes en Bogotá y en Villavicencio. Acepta igualmente que los demandantes estuvieron en su despacho con el fin de informarle lo ocurrido con su hato, y que él les manifestó que "por el momento nada podía hacer dadas las recientes tareas de pacificación, y que quizás ellos pudieran hacer averiguaciones sobre ganados que pudieran estar en poder de otras personas, que (él) por (su) parte trataría de ayudarles por conducto de las autoridades militares". Pero niega enfáticamente haber autorizado al personal de las guerrillas para tomar ganados de los grandes hatos en proporción al número de cabezas existentes en cada uno, hasta completar mil, pues —son palabras del testigo— "eso hubiera equivalido a tomar bienes de terceros sin el consentimiento de sus dueños, y yo nunca he tenido esas atribuciones ni he tomado tal determinación".

Sin embargo, el señor Jorge E. Santos Salinas, en declaración dada extrajuicio y ratificada en el proceso, dice: "Es verdad que en compañía de varias personas y por solicitud del señor General Alfredo Duarte Blum, entonces Comandante General de las Fuerzas Armadas, tuve varias reuniones en la casa del General en esta ciudad, reuniones que tenían por objeto el buscar una fórmula a fin de obtener la pacificación de los Llanos Orientales (...). Es verdad que en unión del doctor Fernando Reina M. y del señor Eduardo Fonseca Galán, en ese entonces jefe de los guerrilleros llamados del Cusiana, en los Llanos Orientales, y algunas personas más, tuvimos conferencias con el citado General Duarte Blum (...). Dichas conferencias tuvieron lugar a partir del 9 de agosto de 1953 en la casa de dicho General (...). En un principio se planteó la posibilidad de una contribución directa de los propietarios de hatos en la zona correspondiente, pero éste no se pudo realizar, y muy bien recuerdo que el General Duarte Blum, que a todo momento decía estar investido de amplias autorizaciones o poderes del Gobierno para negociar la paz de los Llanos y la entrega de armas por parte de los guerrilleros, habló de que el Gobierno podía tomar los ganados para entregárselos a Fonseca, y éste, a su vez, los repartiera entre los damnificados (sic), y comprometiéndose en nombre del Gobierno a arreglar después este problema con los ganaderos afectados por esta medida; autorizó el General Duarte Blum a Eduardo Fonseca para que recogiera los ganados que solicitaba e hiciera la distribución de ellos entre los damnificados (sic). Así lo hizo Fonseca".

Declaración que concuerda con la del Capitán Pío Elberto Riveros Pescador, quien manifiesta: "Es verdad que fui Comandante del Fuerte Militar que el Ejército Nacional tenía acantonado en Cupiagua (Boyacá) durante el período comprendido entre la segunda quincena del mes de agosto y los últimos días de diciembre de 1953 (...), los guerrilleros que tenían sus hogares en la región bajo mi mando después de las distintas entregas de armas en Tauramena, Monterrey y Cupiagua, regresaron a sus hogares y se dedicaron al trabajo y a vivir en paz. De los guerrilleros del Cusiana, al mando de Eduardo Fonseca, después de entregar las armas en Tauramena, al regresar a sus hogares pasaron por Cupiagua y se presentaron al Fuerte exhibiendo el salvoconducto que el Ejército Nacional les había expedido en Tauramena, y en muchos de esos salvoconductos constaba que el portador de él conducía un número determinado de ganado vacuno, unos tres, otros cuatro cabezas que Eduardo Fonseca les había entregado para su recuperación económica, por orden del General Duarte Blum (...). Tuve conocimiento de que

el ganado que conducían los guerrilleros que entregaron las armas en Tauramena les había sido entregado por Eduardo Fonseca cumpliendo órdenes del General Duarte Blum, porque así lo decían los salvoconductos que cada uno portaba expedido por el puesto militar del Ejército Nacional acantonado en Tauramena, y porque las instrucciones remitidas de mis superiores decían que ese ganado les había sido donado por el Gobierno para ayudarlos en su recuperación económica y al mismo tiempo para fomentar la repoblación de ganado en la región habitada por el beneficiado (...), entre el ganado que Eduardo Fonseca entregó a los guerrilleros había parte de ese ganado tomado del hato 'El Tamarindo', de propiedad del señor Jorge Vásquez y su esposa, porque vi reses cifradas con la cifra que el señor Vásquez me comprobó con el certificado de empadronamiento que era la cifra con que él marcaba sus ganados del hato de 'El Tamarindo', y porque en la región era muy conocido este ganado y la cifra del señor Vásquez (...), las instrucciones que recibí de mis superiores, como ya lo dije, eran las de que el ganado que Eduardo Fonseca les entregó a los guerrilleros por orden del General Duarte Blum no podía ser sacrificado para darse al consumo, no podía ser vendido y mucho menos transportado a región distinta a la que el beneficiado con ese ganado había prometido llevarlo, porque se trataba también de conseguir la repoblación de ganado de las poblaciones arrasadas por la violencia".

Lo que a la vez aparece conteste con la siguiente declaración del Capitán Etelberto Guarín Martínez: "Fui Comandante del puesto militar del Ejército Nacional acantonado en Pajarito (Boyacá) durante los meses de julio, agosto, septiembre y octubre de 1953 (...). Me consta que después de la entrega de armas en los sitios anteriormente citados, los guerrilleros habitantes de la región que estaban bajo mis órdenes regresaron a sus hogares y se dedicaron a trabajar honradamente y a vivir en paz. Los que pasaban por el puesto militar presentaban el salvoconducto de que iban provistos, expedidos por el puesto militar en donde habían entregado las armas; unos pocos no conducían ganado vacuno, pero la mayoría llevaban, unos tres cabezas y otros cuatro, y en los salvoconductos de los que portaban ganado tenían una nota que decía que el beneficiado conducía determinado número de ganado, que el comandante guerrillero Eduardo Fonseca Galán les había entregado por orden del Comandante de las Fuerzas Armadas de Colombia, General Duarte Blum, para ayuda de su rehabilitación económica (...), el salvoconducto a que hice mención en el punto anterior decía que el número de cabezas de ganado vacuno que el beneficiado conducía le había sido entregado por Eduardo Fonseca Galán y por orden del General Duarte Blum (...), además recibí instrucciones de mis superiores jerárquicos de que no permitiera que este ganado (...) fuera objeto de comercio, sino que debía permanecer en la región para dedicarlo a la cría".

Todo lo cual coincide con lo que depone el señor Sergio Reyes Moreno: "Por conducto del Coronel Ahumada —afirma Reyes—, en ese entonces Comandante de la Primera Brigada con asiento en Tunja, fui llamado por el General Alfredo Duarte Blum a presenciar la entrega de las armas del grupo que comandaba Eduardo Fonseca y otros, como también a acompañar a una comisión de la Cruz Roja que llevaba víveres, vestuario e implementos de servicio doméstico, entrega que se verificó el nueve de septiembre de 1953 en el Municipio de Tauramena (...). Durante estos actos de la entrega de armas, se dirigió a mí, en mi carácter de ganadero y de Presidente del Comité de Ganaderos de Casanare uno de los señores Roa, comandante de las guerrillas del Upía, con el fin de manifestarme la exigencia que ellos hacían de que también se les debía dar ganado de los hatos del Llano para repartirlo entre sus compañeros de armas y los civiles damnificados durante la anterior época de violencia (...), yo manifesté mi oposición a esta exigencia, puesto que estaba allí, no como representante del gremio ganadero de los Llanos y con autorizaciones para obrar en nombre de ellos, sino como invitado al acto de entrega de las armas (...), cuando el General Duarte Blum tuvo conocimiento de mi concepto desfavorable a lo exigido por Roa, se disgustó y manifestó que todo estaba arreglado, y que tanto así era que yo llevaba determinada suma de dinero que ganaderos de los Llanos habían aportado, con el fin de auxiliar a los guerrilleros en su movilización".

Estos testimonios, de los cuales dos de Oficiales del Ejército en servicio activo en la época y en la región en que los hechos ocurrieron, Comandantes de puestos militares que por razón de su oficio tuvieron a la vista los salvoconductos exhibidos por los ex guerrilleros y recibieron instrucciones respecto de las condiciones en que a éstos se habían entregado cabezas de ganado *por orden del General Duarte Blum,* sacan a Eduardo Fonseca Galán, verdadero en el relato que hace de lo sucedido: "(...) Por invitación del Gobierno —afirma Fonseca— yo viajé a Bogotá y tuve varias conferencias con el Comandante de

las Fuerzas Armadas, General Duarte Blum, a estas conferencias me acompañaron los doctores Fernando Reina Moreno, ya fallecido, y el doctor Jorge Santos, y me parece que el doctor Néstor Sandoval (...). Después de estudiar varias fórmulas, que se abandonaban por difíciles de adoptar, el General Duarte Blum me autorizó, o mejor dicho, me ordenó que mandara coger el ganado que para tal fin solicitaba de los hatos grandes del Llano dentro de la zona a mis órdenes, y que los repartiera entre los damnificados antes de la entrega de las armas, que debía verificarse el día nueve de septiembre en la población de Tauramena, esta orden me la dio en presencia de los doctores Reina, Santos y Sandoval. Recuerdo que le pregunté al General Duarte Blum si no había algún peligro para los que recibieron estos ganados una vez viniera la paz y los propietarios damnificados regresaran a sus hatos, y el General me contestó que él me daba esa autorización con plena autoridad del Presidente de la República, y que me respondía de que nada pasaría porque el Gobierno se arreglaría con los ganaderos en caso de algún reclamo, y que antes le llevara unas cabezas de ganado a Tauramena para el día de la entrega de armas, porque allí estaba escasa la carne (...), yo envié un grupo de hombres para que sacaran los ganados de los hatos más próximos, en una cantidad no inferior a mil cabezas, con el fin autorizado por el General Duarte Blum (...), los ganados para la repartición noté que la mayoría pertenecían a los esposos Jorge Vásquez y Leonor Isaza de Vásquez, que ellos poseían en su hato denominado 'El Tamarindo', en jurisdicción de Zapatosa, hoy Agua Azul, y una mínima parte era del hato 'Crimanio', de propiedad del señor Eusebio Moreno; de las mil reses, ochocientas eran de los esposos Vásquez Isaza y doscientas del señor Moreno (...). Los que los recibieron los condujeron a sus fincas pasando por diferentes puestos militares, en donde recibieron ayuda y garantías, entre otros por el de Pajarito, comandado por el Capitán Etelberto Guarín Martínez, y además los salvoconductos que el Ejército dio a los guerrilleros y civiles el día de la entrega de armas en Tauramena, comprueban el recibo de estos ganados que amparaba su entrega, ganados que los beneficiados debían dedicar únicamente a la cría para lograr la repoblación de ganado de la región".

Los señores Eulogio Fonseca Galán, Pablo Alberto Figueredo, Antonio Galán Ayala y Erasmo Díaz declaran, por su parte, haber sido ellos quienes, por orden de Eduardo Fonseca Galán, sacaron el ganado de "El Tamarindo" en número de ochocientas cabezas.

A propósito de los testimonios de los dos Fonsecas y de Figueredo, Galán y Díaz, dice el señor Procurador Delegado que "con un criterio errado desde la iniciación del proceso civil, el Tribunal Superior aceptó la solicitud de que se recibieran declaraciones bajo juramento a quienes aparecían como autores, cómplices o auxiliadores de un hecho que daba fundamento para adelantar una investigación criminal, y así colocó a esas personas en la grave alternativa de declarar contra sí mismos o faltar a la verdad, con violación del principio consagrado en el artículo 26 de la Constitución, reproducido en el 227 del Código de Procedimiento Penal y acogido en el 674 del Código Judicial"; para agregar más adelante: "(...) estos ex guerrilleros aceptan hechos pero alegan en su favor la excusa de una orden militar, es decir, la confesión calificada que plantea el problema de su divisibilidad o indivisibilidad", por lo cual "cree la Procuraduría que ellas adolecen de nulidad intrínseca o sustancial, esto es, la que —según Carrara— de haber examinado como testigo a quien no podía serlo y acerca de circunstancias que podían llevarlo a confesar su propio delito"; de donde deduce la consecuencia de que tales declaraciones no pueden tenerse como legalmente producidas en el proceso.

El principio consagrado en el artículo 25 (no en el 26) de la Carta es el de la *libertad* del testigo para declarar o no en contra suya o de sus más próximos parientes. Esa norma, reproducida literalmente en el artículo 227 del Código de Procedimiento Penal y desarrollada en el 674 del judicial, no prohibe al testigo declarar contra sí mismo ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, sino obligarlo a declarar si no se allana a hacerlo voluntariamente. Así lo ha entendido la Corte, quien en sentencia de 6 de diciembre de 1951 declaró inexequible el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, porque al disponer que "no se recibirá a nadie declaración contra su consorte, ni contra sus ascendientes, descendientes o hermanos", violaba la garantía específica de libertad para rendir testimonio que el artículo 25 de la Constitución consagra. "El artículo 226 —dijo entonces la Corte— viola el 25 de la Constitución Nacional. Aquél (se refiere a éste obviamente) estableció prohibición de obligar a nadie a declarar contra determinados parientes; con dicha prohibición va implícitamente envuelto el reconocimiento de una facultad para el testigo, de declarar o de abste-

nerse de hacerlo, con la correlativa obligación para el funcionario de recibírsela cuando aquél opte por rendirla; por lo tanto, al pronunciarse el legislador ordinario por la rotunda prohibición contenida en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, no otra cosa hizo que ampliar los términos de aquella garantía consignada en la Constitución" (CLXX, 738). La nulidad que en este caso alega el Ministerio Público, apoyado en la autoridad de Carrara, no tiene, pues, cabida en el sistema probatorio vigente, porque la regla legislada de la cual pudiera predicarse el concepto doctrinal del maestro italiano no existe en los Códigos de Procedimiento Civil ni Penal por haber sido declarada inexequible precisamente por contrariar el principio de la libertad del testigo, que como una excepción a la regla general de la obligación de rendir testimonio contiene el artículo 25 de la Constitución.

También impugna el Procurador la sentencia de primer grado, por apoyarse en la existencia "de documentos oficiales o salvoconductos portados por los guerrilleros, en los que se decía, según algunos testigos, que conducían ganados entregados por Eduardo Fonseca, cumpliendo órdenes del General Duarte Blum", sin que tales documentos o salvoconductos se hubiesen allegado al proceso en la forma señalada en el artículo 632 del Código Judicial, sino establecido su expedición con prueba testimonial.

Se pierde de vista en la expresada crítica que lo que se trataba de acreditar no es algo que para ser comprobado requiera la prueba instrumental sino un hecho susceptible de serlo con otro género de prueba; y que el artículo 632 no se propone establecer una prueba *técnica* o *específica* que excluya otras especies probatorias, sino reconocer a los documentos a que se refiere el valor de prueba *completa,* por lo cual un hecho que estaría suficientemente demostrado con un instrumento expedido como esa disposición prescribe puede también comprobarse, en defecto de ese instrumento, con otras pruebas a las cuales la ley asigne el mismo mérito probatorio.

La Corte comparte el criterio del Tribunal al atribuír a los testimonios que preceden el mérito de plena prueba del despojo, y de que éste se realizó con la aquiescencia del Comandante General de las Fuerzas Armadas, porque proceden de quienes conocieron los hechos en virtud de las funciones que desempeñaban o por haber intervenido en ellos, y sus aserciones demuestran hechos o circunstancias que considerados en conjunto y puestos en relación no dejan duda de la verdad de las respectivas afirmaciones de la demanda. La declaración de Eduardo Fonseca Galán, en quien se podría suponer interés en falsear la realidad para descargar en el Comando Militar una responsabilidad propia, concuerda, sin embargo, con lo manifestado por otros testigos que no tienen el mismo interés, y se halla corroborada con los testimonios de Jorge E. Santos Salinas y Sergio Reyes Moreno, que informan, el primero, que estaba presente cuando el General Duarte Blum autorizó a Fonseca para tomar el ganado, como en efecto lo hizo éste, y el segundo, que el mismo General Duarte le advirtió que "todo estaba arreglado", en respuesta a la manifestación que hiciera el testigo adversa a la exigencia de los guerrilleros, de que se les distribuyera ganado por los dueños de hatos. El mismo General Duarte pone de manifiesto su propósito de hacer a los alzados en armas dueños de algo para arraigarlos de nuevo a la tierra y consolidar de este modo la paz en el Llano, y expresa que por ello le pareció muy buena la idea de Fonseca de formar un fondo de ganados para repartir entre ellos. Y los Capitanes Pío Elberto Riveros Pescador y Etelberto Guarín Martínez, Comandantes de los puestos militares de Cupiagua y Pajarito, acreditan dos hechos: haber dado las autoridades militares instrucciones a los puestos o fuertes de la región en que se hacía referencia a que los ganados conducidos por gentes de armas, que las habían depuesto recientemente, les habían sido entregados por Eduardo Fonseca y por orden del General Duarte Blum, e ir tales ganados amparados con salvoconductos del Ejército, en que se hacía la misma referencia. Hechos, estos dos últimos, indicadores de la verdad de lo expresado por Santos Salinas y Reyes Moreno, y que concurren con los testimonios de éstos, por lo tanto, a demostrar la exactitud de la declaración de Fonseca.

Pero con la finalidad de insistir en la incompetencia de la jurisdicción ordinaria para conocer del litigio, opina el Ministerio Público que aún "aceptado, por vía de análisis, que el General Alfredo Duarte Blum, en su condición de Comandante General de las Fuerzas Armadas, impartió una orden verbal, o autorizó a Eduardo Fonseca Galán para retirar de diferentes sitios una determinada cantidad de ganado, con el fin de auxiliar a las gentes pobres de la región devastada por la violencia, y como contribución forzosa impuesta a los ganaderos para lograr el restablecimiento del orden público, tenemos que se reúnen las circunstancias exigidas en el artículo 33 de la Constitución Nacional para el tipo especial de expropiación o requisición en él previsto"; o por lo menos para configurar un he-

cho administrativo que no produce acción ante los Jueces ordinarios, sino ante la jurisdicción especial de lo contencioso administrativo.

Sin necesidad de entrar en el examen de las condiciones en que pueda realizarse la expropiación en tiempo de guerra, la hipótesis resulta inconciliable con lo manifestado por el entonces Comandante General de las Fuerzas Armadas, que en lo que a este punto concierne da la medida del acto, sin que, por otra parte, tal hipótesis encuentre fundamento en otras pruebas allegadas a la causa. El *hecho* administrativo es cierta actividad de la administración que por lo común tiene efectos jurídicos, y que en el caso concreto establecido en estos autos sería el resultado de un *acto* administrativo anterior, puesto que tendría por objeto ejecutar una *decisión* de la autoridad administrativa, que para el caso lo era la militar: la de requisar cierto número de cabezas de ganado con fines de servicio público; esto es, que debería de ser la consecuencia de una manifestación de la voluntad del Estado expresada dentro de la esfera de facultades del funcionario con el ánimo de producir un efecto jurídico (el acto administrativo es una declaración de voluntad que hace una autoridad administrativa en el ejercicio de una facultad legal). Sin embargo, el General Duarte Blum niega haber ordenado o siquiera haber autorizado la requisición, acto para el que afirma que carecía de facultad, y del cual dice que "hubiera equivalido a tomar bienes de terceros sin el consentimiento de sus dueños", y que él no tenía tales atribuciones ni tomó esa determinación y como el acto administrativo, como declaración que es de la voluntad del Estado, supone una forma, así sea verbal, pero que en todo caso exprese el propósito serio de ejercitar el poder decisorio de aquél para producir un efecto jurídico, y en este caso la autoridad a quien se atribuye la orden niega haberla dado y aun tener facultad para darla, es evidente que no fue su propósito realizar una expropiación, ni en forma alguna tomar una decisión de carácter administrativo en ejercicio de la autoridad pública de que estaba investido. Y así, el hecho que privó de sus bienes a los demandantes asume el carácter de una simple *vía de hecho* autorizada o por lo menos cohonestada por la autoridad que en la zona militar era responsable de la seguridad de las personas y de la de sus bienes, o sea como la consecuencia de la incitación a cometer un hecho ilícito o de la tolerancia de él por parte de la autoridad que estaba obligada a evitarlo, de las cuales se sirvió Fonseca para realizarlo; por lo cual esa incitación o esa tolerancia asuman el carácter de una culpa del servicio que por acción u omisión compromete la responsabilidad del Estado, con acción deducible ante la justicia ordinaria, según la doctrina de la Corte atrás aludida, pues que procede de una autoridad pública en ejercicio de la función que le estaba encomendada.

La parte actora, por su parte, pide la modificación de la sentencia de primer grado para que el resarcimiento se extienda "al pago de los perjuicios sufridos por haber tenido que abandonar los demandantes la fundación que tenían en los Llanos Orientales", y de "las trescientas cabezas de ganado vacuno de que se apoderaron los guerrilleros del Upía, Carlos Roa y Gabriel Roa, según lo declaran constantemente los testigos Antonio Galán Ayala y Erasmo Díaz"; esto es, para que se hagan las condenas solicitadas en el literal a) de la petición segunda de la demanda y en el b) de la misma petición, en cuanto la pretensión se extiende a un número mayor de cabezas de ganado del que se concreta en la parte resolutiva del fallo.

Pero sucede que en el proceso no hay prueba de que la finca o fundación que se menciona en el literal a) de la petición segunda de la demanda, se haya perdido para sus dueños "con sus casas de habitación, corralejas de madera, sembradíos de yuca y plátano, y cercas de potreros", ni del nexo de causalidad entre el abandono de tales bienes y un hecho imputable al Estado, ya que la circunstancia de que el Comando de las Fuerzas Militares hubiera permitido que los demandantes fueran despojados de un determinado número de cabezas de ganado vacuno no les privaba del disfrute del resto de sus bienes; ni tampoco aparece demostrado que las reses que del hato "El Tamarindo" tomaron Carlos y Gabriel Roa hubieran sido sacadas con anuencia de las autoridades militares, como así aconteció con las que repartió Fonseca Galán. Bien pudo ocurrir que los Roas vieran en la autorización dada a Fonseca la coyuntura de tomar ganado ajeno con posibilidades de indemnidad, y también que la despoblación del hato pusiera a los demandantes en situación de no poderlo atender como antes lo hacían, bien por escasez de medios económicos, ya por temor a futuras depredaciones; mas ni aquella coyuntura, ni esta despoblación aparecen como causas determinantes del daño que se alega. La relación que ha de existir entre la causa y el perjuicio para que haya lugar a resarcimiento ha de ser de tal naturaleza que el perjuicio no se hubiera producido sin dicha causa, o en otras palabras, que entre la producción del daño y la conducta

del agente al cual se le atribuye exista una conexión de tal índole que de la realidad de esa conducta se llegue lógicamente al conocimiento del daño; y de la sola permisión de que hizo uso Fonseca no se llega al conocimiento de actos de despojo distinto a los realizados por él, y menos aún a la completa pérdida de la finca. La conducta del Comando Militar en lo relativo a las exigencias de Fonseca, en realidad puede ser considerada como la ocasión de que se sirvieron los Roas para actuar como lo hicieron, pero no como la causa determinante de la acción de éstos, mayormente cuando de los autos resulta que desde antes de la llamada Paz de Tauramena eran frecuentes los actos de depredación cometidos por gentes en armas en los hatos del Llano.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *confirma* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el doce de agosto de mil novecientos sesenta y uno.

Sin costas.

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

Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

MANDAMIENTO DE PAGO. PROCESOS DE CONOCIMIENTO Y JUICIO DE EJECUCION. TITULOS EJECUTIVOS. REQUISITOS DEL DOCUMENTO EJECUTIVO

Los procesos judiciales, en general, pueden dividirse en dos grandes categorías, de acuerdo con las necesidades que satisfacen en la economía procesal. En la primera deben incluirse los procesos de conocimiento o cognición, que tienen la finalidad de dar certeza a un derecho discutido, dudoso o incierto, mediante una declaración o una condena, hecha en la respectiva sentencia, con la cual culmina el juicio contencioso o contradictorio, una vez agotadas las distintas etapas previstas en la ley, entre las cuales se comprende la fijada para la presentación y práctica de las pruebas con citación de la contraparte.

La segunda categoría está formada por los juicios de ejecución, que conllevan la finalidad de hacer cumplir, coercitivamente, una obligación insatisfecha por el deudor, mediante demanda del acreedor; pero para la viabilidad de estos procesos de ejecución, el actor debe presentar un título ejecutivo, en el cual conste la existencia de una obligación cierta e indiscutible, clara y actualmente exigible, esto es, de plazo cumplido.

Este título ejecutivo, considerado por su aspecto puramente formal, debe establecer, prima facie, la exigibilidad de la prestación demandada, para lo cual el demandante debe acompañar o presentar el documento que trae, de acuerdo con la ley, aparejada ejecución, en cuanto atañe a una obligación ya reconocida en forma indudable por el deudor.

En algunas legislaciones, como sucedía en el antiguo Código Judicial, se enumeran taxativamente los documentos que servían de recaudo ejecutivo, como las escrituras públicas, los instrumentos negociables, los documentos privados debidamente reconocidos por el deudor, etc. (art: 46, L. 40 de 1907); sin embargo, el actual Código de Procedimiento Civil, en lugar de enumerar los documentos, consagró una fórmula general, en el primer inciso del artículo 982, que dice: "Puede exigirse ejecutivamente toda obligación que conste en acto o documento que provenga del deudor o de su causante, y que constituya por sí solo, según la ley, plena prueba contra él, o que emane de una decisión judicial que debe cumplirse".

Por tanto, en la parte formal, el documento debe reunir los siguientes requisitos: a) que emane del deudor o de su causante, es decir, de la parte obligada; b) que constituya por sí solo plena prueba contra el deudor.

Si se consideran los documentos presentados por la parte ejecutante, ninguno de ellos emana del Departamento, ni de ningún funcionario con capacidad para obligarlo, como ocurre con el Gobernador, según el decir del artículo 194, número 3º de la Constitución Nacional, con la natural restricción o exigencia de llenar las formalidades legales en cada caso; porque, como ya se dijo antes, las cuentas de cobro fueron elaboradas y firmadas por el propio acreedor, que solamente obtuvo el inane Vº Bº del Subsecretario de Obras Públicas, pero no la aceptación del funcionario ordenador, ni el lleno de las demás formalidades de rigor.

Además, según el otro requisito, el título ejecutivo debe hacer plena prueba por sí solo, o sea, del examen directo del documento debe aparecer la certeza de una obligación indiscutible a cargo del presunto ejecutado; pero esto no ocurre con los presentados por el apoderado del ejecutante, quien, con el fin de probar los antecedentes de la operación, o mejor, la celebración del contrato, se ha visto en la necesidad de presentar varios documentos, para que el juzgador, mediante la estimación del mérito probatorio de tales elementos, pudiera deducir la obligación, mas esto no es dable en esta clase de procesos de ejecución, en los cuales debe aparecer la existencia de la obligación prima facie, sin necesidad de juicio alguno, porque cuando se hace necesario un proceso lógico, con fundamento en

las probanzas aducidas, el juicio pertenece a la categoría de los de conocimiento o contencioso, pues previamente debe establecerse la existencia de la obligación misma.

Si no existe plena prueba respecto de la existencia de la obligación, exigida en el inciso 1º del citado artículo 982, resulta del todo innecesario y extemporáneo considerar los otros requisitos que debe llenar la obligación, enumerados en el inciso 2º del mismo artículo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, cuatro de diciembre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña).

El apoderado de Augusto Espinosa Mejía demandó al Departamento de Córdoba, ante el Tribunal Superior de Montería, con el fin de que se librara mandamiento de pago ejecutivo por la cantidad de cincuenta y seis mil doscientos pesos con cincuenta centavos ($ 56.200.50), con fundamento en veintidós cuentas de cobro presentadas como título ejecutivo.

El ejecutante, en ocho hechos, narra los antecedentes de las cuentas de cobro exhibidas en esta forma:

"*Primero.* Por oficio 2068, de 18 de agosto de 1961, el señor Secretario de Obras Públicas Departamentales, doctor Marco Díaz Castillo, se dirigió a mi poderdante, señor Augusto Espinosa Mejía, mayor y vecino de esta ciudad, autorizándolo para acarreo de balasto, en los carreteables del Departamento, en forma genérica, y autorizándolo para presentar sus cuentas, contra el Tesoro de Córdoba, todas las semanas".

En el segundo enumera por sus fechas y números los oficios suscritos por el Subsecretario de Obras Públicas Departamentales, con destino al ejecutante, "en desarrollo de la autorización en referencia".

"*Tercero.* Como consecuencia de la autorización general, y el (sic) la Subsecretaría de Obras Públicas fue fraccionando, el señor Augusto Espinosa Mejía entregó los materiales que se le ordenaron, los cuales fueron recibidos, según recibos, por el chequeador del Departamento, señor Armando Sierra, en 'Los Gómez', de la jurisdicción municipal de Lorica".

En el cuarto hecho el apoderado indica la cuantía de cada una de las veintidós cuentas de cobro presentadas por el contratista semanalmente.

"*Quinto.* Esas cuentas corresponden a trabajos realizados por el señor Augusto Espinosa Mejía, en el carreteable departamental de 'Los Gómez', desde agosto hasta octubre del año pasado. Desde ese tiempo, mi poderdante confeccionó las cuentas contra el tesoro departamental, que fueron refrendadas por el Subsecretario de las Obras Públicas Departamentales, señor Emilio García Hoyos.

"*Sexto.* En su balance de 1961, el señor Gobernador de Córdoba, doctor Remberto Burgos, y sus colaboradores seccionales, presentaron una obra vial de 150 kilómetros de carreteable —y principalmente el de 'Los Gómez'—. Sin embargo, mi poderdante, señor Augusto Espinosa Majía, ha agotado todos los medios directos e indirectos para obtener el pago de las obligaciones narradas en el hecho cuarto, e inútilmente.

"*Séptimo.* Los funcionarios departamentales, para justificar la mora prolongada e indefinida en el pago de esta deuda, y de muchas otras, con el mismo origen, alegan que las órdenes emanadas de la Secretaría de Obras Públicas no tuvieron respaldo presupuestal y que, actualmente, tampoco existe partida en el presupuesto de Córdoba para cubrir esas obligaciones fraccionadas, que ascienden a más de un millón de pesos.

"*Octavo.* Los acreedores del Departamento de Córdoba, y que se encuentran en idénticas circunstancias económicas que (sic) mi poderdante, se dirigieron al señor Presidente de la República, denunciando estos hechos, y el Secretario Privado de la Presidencia transmitió a los acreedores la buena noticia de que 'próximamente serán cubiertas todas las acreencias' ".

En el aparte titulado por el actor "Los fundamentos jurídicos", se lee:

"a) El Código Fiscal Departamental establece que corresponde al Gobernador celebrar contratos, *y que ejerce esta facultad por intermedio de los Secretarios de la Gobernación.* Exige el mismo Código, *como una garantía para los particulares,* que exista partida presupuestal a la cual pueda imputarse el gasto; que la Contraloría intervenga con el correspondiente certificado de reserva; que se produzca la revisión contenciosa administrativa; que haya publicaciones; etc., cuando las contrataciones excedan de cinco mil pesos.

"b) Por el afán de realizaciones materiales y, especialmente, en las comunicaciones terrestres, el gobierno departamental saltó por encima de las exigencias fiscales y contencioso-administrativas, en el caso que motiva la presente demanda,

en otros casos, como los denunciados al señor Presidente Lleras. Pero, esas omisiones de los funcionarios y empleados públicos no pueden perjudicar a las personas que, de buena fe, contrataron con el gobierno de Córdoba.

"c) Cada una de las cuentas que presento para la ejecución, y que acompaño al libelo inicial, constituye un título ejecutivo. Constan en documentos que provienen del deudor, que son plena prueba; arrojan obligaciones expresas, claras y actualmente exigibles, de pagar cantidades líquidas de dinero" (f. 188, C. No. 1º).

Además de las veintidós cuentas de cobro, el apoderado del ejecutante adjunta, "como pruebas judiciales", los memorados oficios del Subsecretario de Obras Públicas; los certificados expedidos por el revisor de las obras públicas; copias de las actas de posesión de los empleados públicos que han intervenido en esta serie de operaciones.

El Tribunal de Montería, con la firma de los tres Magistrados que lo integran, mediante auto de fecha 27 de junio de este año, resolvió la demanda ejecutiva así:

"1º Líbrese mandamiento de pago contra el Departamento de Córdoba, representado legalmente por su actual Gobernador, doctor Remberto Burgos Puche, a favor del señor Augusto Espinosa Mejía, por la suma de cincuenta y seis mil doscientos pesos con cincuenta centavos ($ 56.200.50), más los intereses legales de la dicha suma, a partir de la fecha de su exigibilidad.

"2º Notifíquese este auto al deudor e intímesele para que satisfaga la deuda en los términos del artículo 999, ordinal 2º del Código Judicial".

Interpuestos por el Gobernador los recursos de reposición y, en subsidio, el de apelación, el Tribunal negó el primero y concedió el segundo, en el efecto devolutivo, no sin antes haber ordenado el embargo de la tercera parte de los fondos del Departamento depositados en el Banco de Colombia, sucursal de Montería, que ascendió a la cantidad de $ 148.869.69, según comunicación del citado Banco.

Con el objeto de resolver la alzada se hacen las siguientes consideraciones:

Aun cuando ya se hizo mención, según lo expuesto por el apoderado del ejecutante, de las distintas pruebas presentadas con la demanda, conviene hacer especial mención de las "cuentas de cobro" que se presentaron como recaudo ejecutivo.

Las dichas cuentas, elaboradas por el acreedor, describen el servicio prestado, o sea el acarreo del material para afirmar el carreteable "Los Gómez"; las firma el mismo interesado y aparecen con el Vº Bº del Subsecretario de Obras Públicas del Departamento; pero no aparece la firma del funcionario ordenador, ni la correspondiente refrendación de la Contraloría Departamental, la cual tiene por objeto establecer o comprobar la legalidad del gasto efectuado, tanto en cuanto a la parte fiscal de la operación, como respecto al lleno de las formalidades previstas para la regular expedición del acto, celebración del contrato o ejecución de la operación administrativa.

Los procesos judiciales, en general, pueden dividirse en dos grandes categorías, de acuerdo con las necesidades que satisfacen en la economía procesal. En las primera deben incluírse los procesos de conocimiento o cognición, que tienen la finalidad de dar certeza a un derecho discutido, dudoso o incierto, mediante una declaración o una condena, hecha en la respectiva sentencia, con la cual culmina el juicio contencioso o contradictorio, una vez agotadas las distintas etapas previstas en la ley, entre las cuales se comprende la fijada para la presentación y práctica de las pruebas con citación de la contraparte.

La segunda categoría está formada por los juicios de ejecución, que conllevan la finalidad de hacer cumplir, coercitivamente, una obligación insatisfecha por el deudor, mediante demanda del acreedor; pero para la viabilidad de estos procesos de ejecución, el actor debe presentar un título ejecutivo, en el cual conste la existencia de una obligación cierta e indiscutible, clara y actualmente exigible, esto es, de plazo cumplido.

Este título ejecutivo, considerado por su aspecto puramente formal, debe establecer, *prima facie*, la exigibilidad de la prestación demandada, para lo cual el demandante debe acompañar o presentar el documento que trae, de acuerdo con la ley, aparejada ejecución, en cuanto atañe a una obligación ya reconocida, en forma indudable por el deudor.

En algunas legislaciones, como sucedía en el antiguo Código Judicial, se enumeran taxativamente los documentos que servían de recaudo ejecutivo, como las escrituras públicas, los instrumentos negociables, los documentos privados debidamente reconocidos por el deudor, etc. (art. 46, L. 40 de 1907); sin embargo, el actual Código de Procedimiento Civil, en lugar de enumerar los documentos, consagró una fórmula general, en el primer inciso del artículo 982, que dice: "Puede exigirse ejecutivamente toda obligación que conste en acto o documento que pro-

venga del deudor o de su causante, y que constituya por sí solo, según la ley, plena prueba contra él, o que emane de una decisión judicial que deba cumplirse''.

Por tanto, en la parte formal, el documento debe reunir los siguientes requisitos: a) que emane del deudor o de su causante, es decir, de la parte obligada; b) que constituya por sí solo plena prueba contra el deudor.

Si se consideran los documentos presentados por la parte ejecutante, ninguno de ellos emana del Departamento, ni de ningún funcionario con capacidad para obligarlo, como ocurre con el Gobernador, según el decir del artículo 194, numeral 3º de la Constitución Nacional, con la natural restricción o exigencia de llenar las formalidades legales en cada caso; porque, como ya se dijo antes, las cuentas de cobro fueron elaboradas y firmadas por el propio acreedor, que solamente obtuvo el inane Vº Bº del Subsecretario de Obras Públicas, pero no la aceptación del funcionario ordenador, ni el lleno de las demás formalidades de rigor.

Además, según el otro requisito, el título ejecutivo debe hacer plena prueba por sí solo, o sea, del examen directo del documento debe aparecer la certeza de una obligación indiscutible a cargo del presunto ejecutado; pero esto no ocurre con los presentados por el apoderado del ejecutante, quien, con el fin de probar los antecedentes de la operación, o mejor, la celebración del contrato, se ha visto en la necesidad de presentar varios documentos, para que el juzgador, mediante la estimación del mérito probatorio de tales elementos, pudiera deducir la obligación, mas esto no es dable en esta clase de procesos de ejecución, en los cuales debe aparecer la existencia de la obligación *prima facie,* sin necesidad de juicio alguno, porque cuando se hace necesario un proceso lógico, con fundamento en las probazas aducidas, el juicio pertenece a la categoría de los de conocimiento o contencioso, pues previamente debe establecerse la existencia de la obligación misma.

Si no existe plena prueba respecto de la existencia de la obligación, exigida en el inciso 1º del citado artículo 982, resulta del todo innecesario y extemporáneo considerar los otros requisitos que debe llenar la obligación, enumerados en el inciso 2º del mismo artículo.

Si, según el decir del propio apoderado del ejecutante, en el aparte b) de ''Los fundamentos jurídicos'', antes copiado, ''el gobierno departamental saltó por encima de las exigencias fiscales y contencioso-administrativas...'', mal puede exigir ahora el cumplimiento ejecutivo de obligaciones contraídas en forma irregular, sujetas a la contradicción de la contraparte.

Por lo expuesto, se *revoca* el auto de fecha 27 de junio de 1962, por el cual el Tribunal de Montería libró mandamiento de pago por la vía ejecutiva contra el Departamento de Córdoba.

Asimismo, se ordena el desembargo de los bienes trabados en este proceso, en especial de la cantidad de $ 148.869.69 a que se refiere el oficio del Banco de Colombia, Sucursal de Montería, de fecha 29 de agosto de este año (f. 210 del cuaderno No. 1º).

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

Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García M., Secretario.

SE DECLARA DE PROPIEDAD PRIVADA EL SUBSUELO PETROLIFERO A QUE SE REFIERE ESTE JUICIO. SUPUESTOS ESENCIALES DE LA ACCION. VALOR PROBATORIO DE LOS TITULOS ANTIGUOS. EXAMEN CRITICO DE LOS DOCUMENTOS Y PRUEBAS ALLEGADOS. RECONSIDERACION DE LA DOCTRINA SOBRE EXCLUSION DE AREAS

1. Supuestos fácticos esenciales en la acción sobre dominio privado del subsuelo petrolífero. 2. Criterio para determinar el valor probatorio de títulos antiguos y mercedes reales. — 3. Doctrina de la Corte sobre exclusión, en la declaración judicial de dominio privado del subsuelo, de las áreas no comprendidas por la propuesta de contrato. Reconsideración crítica de los fundamentos de esta doctrina.

1. En materia de propiedad privada de hidrocarburos y de oposición a la propuesta de contrato para su exploración y explotación, la acción supone, según reiterada afirmación de esta Sala: a) Que los respectivos yacimientos hayan salido del patrimonio público, en virtud de un título jurídico o modo de adquirir el dominio, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, fecha en que entró en vigencia el Código Fiscal que los reservó para el Estado; b) Que habiendo salido del patrimonio nacional en la forma indicada, no han revertido a él por nulidad, caducidad, resolución de la adjudicación o cesión, o por cualquiera otra causa; c) Que el predio donde se encuentran o se supone que existen es el mismo singularizado en la demanda; d) Que ese predio es asimismo el enajenado por el Estado, o de él forma parte total o parcialmente; e) Que las aludidas áreas territoriales corresponden a una realidad topográfica y geográfica, es decir, que son identificables sobre el terreno; f) Que además están comprendidas total o parcialmente en el perímetro de la propuesta de contrato, o sea que el área de esa propuesta se superpone total o parcialmente a ellas, y g) Que el demandante es dueño actual del inmueble donde se supone la existencia de hidrocarburos.

Este supuesto fáctico, que se infiere de la naturaleza de la acción y de las normas que en el Código de Petróleos reglamentan su ejercicio, obliga al demandante a demostrar con medios idóneos: 1º La salida del inmueble del dominio de la Nación antes de la reserva de 1873; 2º La realidad geográfica y topográfica de los terrenos donde se ubican los hidrocarburos y de los globos de tierras que fueron objeto de enajenación por el Estado, para establecer, mediante su identificación, que la descripción que de ellos se hace en el libelo corresponde a aquella realidad; 3º La superposición del área de la propuesta a la del predio de cuyos petróleos subyacentes se solicita la declaración de propiedad particular, y 4º La propiedad actual del demandante sobre este último inmueble.

2. Para acreditar que los globos de tierras descritos en la demanda salieron del dominio público con anterioridad al 28 de octubre de 1873, la parte actora trajo a los autos numerosos documentos relativos a las porciones territoriales que más adelante se expresan, los cuales habrán de examinarse conforme a los siguientes principios.

En armonía con el artículo 188 de la Constitución de 1821, consumada la independencia de la metrópoli de los territorios que integraban el Nuevo Reino de Granada, continuaron "en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución ni a los decretos y las leyes que expidiere

el Congreso"; y el artículo 1º de la Ley de 13 de mayo de 1826 señaló el orden de prelación de las leyes en la forma siguiente: 1º Las decretadas o que en lo sucesivo decretare el Poder Legislativo. 2º Las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos y ordenanzas del Gobierno español, sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808, que estaban en observancia bajo el mismo Gobierno español en el territorio que forma la República. 3º Las Leyes de la Recopilación de Indias. 4º Las de la Nueva Recopilación de Castilla, y 5º Las de las Siete Partidas". Así, no obstante la terminación del dominio español en los territorios que hoy forman la República de Colombia, las leyes de España no dejaron completamente de regir en ellos sino cuando vino a abolirlas el artículo 15 de la Ley 153 de 1887; y aun hoy no puede dejar de aplicárselas respecto de actos perfeccionados o cumplidos durante su vigencia y conforme a sus disposiciones, si se quiere preservar derechos adquiridos o situaciones jurídicas creadas de acuerdo con ellas; lo que, por lo demás, se ciñe al precepto del inciso segundo in fine del artículo 2683 del Código Civil, que dice: "(...) pero las controversias y los pleitos sobre actos, derechos, obligaciones y contratos anteriores a la publicación del presente Código, se decidirán con arreglo a las leyes sustantivas que estaban vigentes cuando se ejecutó el acto, se adquirió el derecho, se contrajo la obligación o se celebró el contrato".

De las distintas clases de instrumentos públicos que reconocían las leyes de España enseña la Curia Filípica:

"En tres géneros se divide el instrumento: Registro, Original y Traslado: Registro es la Escritura matriz que se otorga y queda en poder del Escribano, cuya introducción y uso es para estar en guarda, por forma de que se saque y transcriba el Original, y determinen por ella las dudas que en él se ofrecieron, según unas leyes de Partidas y Recopilación (...). La escritura que se saca de su matriz es el original que hace fe, siendo autorizada del Escribano ante quien pasó, y no por otro, aunque sean ciento, si no es con autoridad del Juez y citación de Parte; y procede aunque sea el sucesor en el oficio del ante quien pasó y su heredero, salvo si le fueren entregados los papeles, registro y protocolos del anterior por autoridad del Juez competente, que entonces los puede autorizar sin ella, ni citación de Parte, como consta de una ley de la Recopilación (...), aunque no hará fe (si no se comprueba) si el registro, por lo menos y al fin de él, no está signado siendo del Escribano ante quien pasó, ni consta de ello en la Escritura, como parece por otra ley de la Recopilación. De este original se saca el traslado, el cual no hace fe, si no se saca con autoridad de Juez y citación de Parte, según una ley de Partida y su glosa de Gregorio López, salvo sacándole el Escribano ante quien pasó, pues tanto es como si se sacara del registro (...)". (Cur. Filíp., t. I, 2º, 17, 31).

El llamado original era, pues, una copia, la que se tomaba del registro o matriz, y se entregaba a la parte, autorizada por el escribano ante quien había sido otorgado el instrumento o que tenía la custodia del respectivo protocolo; y el traslado, también conocido por ejemplar, trasunto o testimonio por concuerda, la que se sacaba por exhibición del original y autorizaba el escribano, que daba fe su concordancia con ella, de donde el nombre de testimonio por concuerda porque el funcionario lo daba respecto de dicha concordancia. Ambos instrumentos valían en juicio con igual mérito como lo indica Hevia Bolaños, y resulta de la Ley 114, tit. 18. Part. 3ª; pero si el traslado se tomaba por escribano distinto del ante quien se había pasado el instrumento, era menester comprobarlo con el original (Ley 114 cit.), o expedirlo por orden judicial con citación de parte contraria (Nov. Rep. lib. 10 y tit. 23, Ley 11). Y asimismo afirma don Eugenio de Tapia que "hace fe el traslado antiguo, aunque sea sacado sin la solemnidad referida (autorización judicial con citación de parte), cuando a virtud y a consecuencia de él se ha dado posesión del derecho pretendido al que lo presenta, o a la persona cuya causa trae, en cuyo caso basta el transcurso de treinta años". Feb., Nov. t. IV, lib. II, Cap. X, No. 85).

Respecto de las cartas de merced o privilegio, las que de ordinario se entregaban a aquel en cuyo favor eran otorgadas, cabe anotar que debían ser creídas en juicio en todo caso, lo mismo que sus traslados aunque no se hubiesen cotejado con el original, cuandoquiera que se presentaban "con sello de Rey o de otro señor que debiese ser creído et fuese sin sospecha". (Part. 3ª, tit. 18, Ley 114).

3. Conforme a la doctrina ya tradicional de la Corte, la superposición parcial determina la exclusión de las afirmaciones del fallo de aquellas porciones que no están cubiertas por el área de la propuesta de contrato. La doctrina de la Corte ha sido constante en el sentido de que la declaración de propiedad privada sólo puede recaer, en juicios de petróleos, sobre los existentes en terrenos comprendidos en aquella

propuesta, pues se ha entendido que de otro modo se daría la sentencia de fondo sin que el actor tuviera un verdadero interés jurídico que la justificara, además de que se pretermitiría el procedimiento administrativo que la ley establece para llegar a la declaración judicial de certeza.

No comparte la Sala la fundamentación en que se había venido apoyando aquella exclusión, por los siguientes motivos:

Se entiende por interés jurídico la utilidad actual o inmediata que puede derivar el demandante de la declaración de certeza que se solicita del órgano jurisdiccional, consistente en el reconocimiento de un derecho o en el esclarecimiento de una situación jurídica, dudosa u oscura. La Corte ha dicho que "la acción declarativa, para que sea procedente, requiere ante todo que el demandante tenga un interés actual en la pronta constatación judicial de sus derecho, la cual se realiza, generalmente, mediante la presencia simultánea de tres condiciones: a) Que la incertidumbre, respecto de la situación jurídica del actor, sea de tal naturaleza que suscite temores reales acerca de la seguridad de aquélla (...); b) Que la sentencia de declaración sea la única adecuada y necesaria para evitar el peligro de incertidumbre en el derecho del actor (...), y c) Que no sea factible entablar acciones distintas que se opongan a ello. De allí que la acción de declaración sea considerada en el derecho procesal por lo regular, como un recurso subsidiario". (Casación, 2 de abril de 1936, XLIII, 759).

En materia de hidrocarburos no puede realmente hablarse de obscuridad o duda, y menos de desconocimiento del derecho del demandante, mientras el Ministerio de Minas y Petróleos no haya aceptado propuesta de un tercero para su exploración y explotación. La duda sobre los derechos de aquél no sobreviene sino en el momento en que mediante la actuación administrativa que precede al juicio el Gobierno admite la propuesta, pues sólo en ese momento se suscita la necesidad de que judicialmente se defina lo concerniente a la propiedad.

Pero no ocurre lo mismo en lo que respecta a las porciones de tierras localizadas fuera del perímetro de la propuesta, o mejor dicho, respecto de los petróleos subyacentes en tales porciones, cuando esa propuesta se superpone al resto del fundo y se alegan los mismos títulos de propiedad sobre la totalidad de éste, pues que en tal caso, desde luego que el Estado, por medio del Ministerio del ramo, acepta la propuesta presentada para que un tercero contrate con él la exploración y explotación de los yacimientos, implícitamente está poniendo en duda que sean de dominio particular o privado, o sea la eficacia del título alegado por el demandante para amparar su propiedad; duda que ciertamente no concierne solamente al dominio particular de la porción comprendida en la propuesta, sino al de la totalidad de la extensión territorial a que se refiere el título sobre el cual ha de versar la controversia. La acción en este caso no puede reputarse que sólo sea de exclusión de unos bienes del contrato propuesto al Estado, sino que fundamentalmente supone la declaración de la propiedad privada de esos bienes, por lo cual el interés del actor no se limita —como parece entenderlo la doctrina anteriormente aceptada por la Sala— a que se prescinda del contrato, sino que se extiende al reconocimiento del derecho de dominio, con el fin de excluír la posibilidad de esta especie de convenios con el Estado sobre el inmueble objeto de la demanda. Así resulta de lo prescrito en los artículos 5º y 36 del Código de Petróleos, conforme a los cuales "los derechos de los particulares sobre el petróleo de propiedad privada serán reconocidos y respetados como lo establece la Constitución, y el Estado no intervendrá con respecto a ellos en forma que menoscabe tales derechos", por lo cual cuando el Ministerio de Minas y Petróleos, en vista de los documentos que se hayan acompañado al aviso, estime que los hidrocarburos son de propiedad nacional, corresponderá a la Corte resolver definitivamente si son del Estado o de propiedad particular.

Mas si bien estas razones llevan a la Sala a apartarse del criterio que sobre esta materia había venido predominando en ella, tampoco puede ignorar que el artículo 2º del Decreto número 3050 de 1956 (hoy art. 32 de la Ley 10ª de 1961), al disponer que "el que se considere propietario del petróleo que pueda existir dentro del terreno objeto de la propuesta, deberá demandar a la Nación (...)", circunscribe expresamente el ámbito de la pretensión y de la sentencia que sobre ella decida a los hidrocarburos que se encuentren comprendidos dentro de los linderos de la propuesta, por lo que la declaración judicial no podrá extenderse a los subyacentes fuera del respectivo perímetro.

Por este motivo este fallo habrá de recaer únicamente sobre el petróleo comprendido dentro de la propuesta número 440, conforme a lo suplicado en las peticiones subsidiarias de segundo grado, y no sobre el existente o que pueda existir en los predios alinderados en las peticiones principales o de primer grado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, quince de diciembre de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo).

Se inició este juicio en virtud de demanda que, por medio de apoderado judicial, presentaron los siguientes demandantes:

Ana Paz Trespalacios de Abello, mayor de edad y vecina de Barranquilla, y Alejandro Osío Trespalacios, Josefina Osío de Gutiérrez de Piñeres y Elvira Osío de Eckardt, también mayores y de la misma vecindad.

Aristides Gutiérrez de Piñeres y Juan Antonio Gutiérrez de Piñeres, mayores y vecinos de Barranquilla; Alejandro Gutiérrez de Piñeres, mayor y vecino de Cartagena; Gabriel Gutiérrez de Piñeres, mayor y vecino de Mompós, y Guillermo Piñeres y Cristina Piñeres de Piñeres, mayores y vecinos de Cartagena.

María Josefa (o Josefina) Trespalacios Santodomingo, Ana Regina Trespalacios de Fernández, Emilia Trespalacios de Pérez, Isabel Trespalacios Santodomingo, Juana Trespalacios Santodomingo y Rafael M. Trespalacios, mayores y vecinos de Barranquilla; Ruby Bacci de Zuluaga, mayor y vecina de Cali, y Edith y Alicia Bacci Trespalacios, mayores y vecinas de Barranquilla.

Luciano M. Fernández T., mayor y vecino de Barranquilla; Rosa Amelia Piñeres viuda de Fernández, Miguel Joaquín Fernández Piñeres y Rosa Amelia Fernández Piñeres, mayores de edad los dos primeros y menor esta última, por lo cual comparece representada por su madre, Rosa Amelia Piñeres de Fernández, en ejercicio de la patria potestad, y vecinos de Mompós; Fermina Fernández T., María J. Fernández, Luisa Fernández T. y Vicenta Fernández T., mayores y vecinas de Mompós, y Juana Fernández T., mayor y vecina de Barranquilla.

Ana Raquel Trespalacios, Rebeca Trespalacios y José Manuel Trespalacios, mayores y vecinos de Barranquilla.

I. *La demanda.*

La demanda, dirigida por los anteriores demandantes contra la Nación, representada ésta por el señor Procurador Delegado en lo Civil, contiene las siguientes peticiones:

1) Peticiones principales.

Que se declare:

"*Primero.* Que no son de propiedad nacional (o que no pertenecen al Estado) el petróleo y, en general, los hidrocarburos existentes o que haya en el terreno denominado *Santa Bárbara de las Cabezas,* ubicado en los Municipios de Chiriguaná, Chimichagua y Valledupar (Departamento del Magdalena), y que, sin ponerse aparte las tres cuartas partes pro indiviso del espacio que adelante, en el presente ordinal, se determina, linda así:

" 'Desde las márgenes del caño de Iguana (hoy río Ariguaní), aguas arriba por el playón de Jazmín y puerto de Rafaela, hasta encontrar con la ciénaga de El Burro, y de ésta, asimismo, por el caño de Remanganaguas, y de éste en derechura a la mata de Pueblo Nuevo, y en la misma conformidad hasta encontrar con la Mata de Gallina, y de allí hasta encontrar la cabecera del caño de Cuatro Botijas, y de éste, aguas abajo, hasta donde entra en el caño que llaman del Paso (nombrado también de Las Mulas), y de éste, aguas arriba, hasta encontrar con la sabana de San Cayetano, y rebasada ésta, bajando a otra que llaman Las Once Reses y La Espíritu Santo, y el paraje que llaman Mungía, y el que le sigue nombrado Santos, y de éste cortando en derechura por la boca del Tonto, hasta encontrar con las orillas del río Ariguaní, y de éste, aguas abajo, y tomado por el caño Vijagual (antiguo cauce del río Ariguaní), hasta encontrar con el río Cesar, que es donde desagua, y subiendo este río hasta encontrar la boca de Iguana (hoy desembocadura del río Ariguaní) y donde se cierra el globo de los terrenos'.

"Exclúyese de la presente demanda, y no son objeto de la presente petición, tres cuartas (¾) partes pro indiviso del petróleo y demás hidrocarburos existentes o que haya en el terreno que esos linderos abarcan pero que se mira como separado del predio en lo tocante con tres cuartas (¾) partes pro indiviso del mismo, cual es el espacio que se determina así:

" 'Desde la cabecera del caño de Cuatro Botijas, aguas abajo, hasta encontrar con la caja del caño de Las Mulas, faldeando aquélla, hasta llegar al caño del Paso, siguiendo, aguas abajo, hasta encontrar la ciénaga del Burro, y entrando por ésta y tomando el caño de Remanganaguas, hasta hallar la mata de Pueblo Nuevo, partiendo en dirección a Mata de Gallina, hasta encontrar la cabecera del caño de Cuatro Botijas, donde viene a cerrarse la medida'.

"De suerte que ésta petición concierne a la cuarta parte (¼) pro indiviso del petróleo y demas hidrocarburos existentes o que haya en el espacio que acaba de indicarse, y a la totalidad del petróleo y demás hidrocarburos existentes o que haya en el resto del predio que se deja señalado, cuyos linderos son los que primeramente se designan.

"*Segundo.* Que el petróleo y, en general, los hidrocarburos de que trata el precedente numeral primero pertenecen a mis poderdantes pro indiviso, como sigue:

"(A) La mitad de la quinta parte a la señora Ana Paz Trespalacios de Abello, y la otra mitad de esta quinta parte a los señores Alejandro Osío Trespalacios, Josefina Osío de Gutiérrez de Piñeres y Elvira Osío de Eckardt, a razón de un tercio (⅓) de mitad de quinta parte a cada uno.

"(B) Sendos sextos de quinta parte a los señores Aristides Gutiérrez de Piñeres, Gabriel Gutiérrez de Piñeres, Alejandro Gutiérrez de Piñeres y Cristina Piñeres de Piñeres; otro sexto de quinto a la señora Josefina Osío de Gutiérrez de Piñeres o, en subsidio al señor Juan A. Gutiérrez de Piñeres; y el otro sexto de quinto, al señor Guillermo Piñeres o, en subsidio, a la sucesión ilíquida de la señora María de la Paz Piñeres de Piñeres.

"(C) Dos octavos ($^2/_8$) de quinta parte a la señorita María Josefa (o Josefina) Trespalacios Santodomingo; un octavo (⅛) de quinta parte a cada uno de los señores Ana Regina Trespalacios de Fernández, Emilia Trespalacios de Pérez, Isabel Trespalacios Santodomingo, Juana Trespalacios Santodomingo y Rafael M. Trespalacios; y el otro octavo de quinta parte a la señora Ruby Bacci de Zuluaga y a las señoritas Edith Bacci Trespalacios y Alicia M. Bacci Trespalacios, a razón de un tercio de octavo (o $^1/_{24}$) de quinta parte a cada uno.

"(D) Un séptimo ($^1/_7$) de quinta parte a cada uno de los señores Luciano M. Fernández Trespalacios, Fermina Fernández Trespalacios, María J. Fernández Trespalacios, Luisa Fernández Trespalacios, Vicenta Fernández Trespalacios y Juana Fernández Trespalacios, y el otro séptimo ($^1/_7$) de quinta parte a la señora Rosa Amelia Piñeres viuda de Fernández, al señor Miguel Joaquín Fernández Piñeres y a la menor Rosa Amelia Fernández Piñeres, a razón de un tercio de séptima parte de un quinto a cada uno.

"(E) Un tercio (⅓) de la quinta parte restante a cada uno de los señores Ana Raquel Trespalacios Trespalacios, Rebeca Trespalacios Trespalacios y José Manuel Trespalacios Trespalacios.

"*Tercero.* Que no son de propiedad nacional (o que no pertenecen al Estado) el petróleo y, en general, los hidrocarburos existentes o que haya en el terreno denominado *San José de Mata de Indio* o *La Embocada,* ubicado en los Municipios de Chiriguaná y Valledupar (Departamento del Magdalena), y que linda así:

"'Desde la boca del caño de Cuatro Botijas, aguas arriba, hasta su cabecera, de ésta en derechura hasta encontrar con la mata de Gallina, y en la misma conformidad hasta encontrar con la mata de Pueblo Nuevo, y cortando, asimismo, hasta la cabecera del caño de Remanganaguas, aguas abajo hasta la ciénaga del Burro, que desemboca en el caño de Iguanas (hoy río Ariguaní), y bajando éste sigue el lindero a la izquierda hasta desembocar en el río Cesar, y siguiendo éste continúa el lindero a la izquierda, por toda la orilla, hasta llegar frente al cerrito de Melchor, y cortando en dirección a la madrevieja del Vallito, que está muy inmediata al río Cesar, pasando por un palo de puy que sirve de lindero a los terrenos de Guaimaral y atravesando las sabanas del Vallito, que se dejó a la derecha, y partiendo de este punto por el pantano al majaguo de los Vallenatos, cuyo palo sirve de lindero a los terrenos de Guaimaral, El Cerrito y Leandro; partiendo de dicho majaguo y pasando por el cerrito de la Virgen en dirección al pozo de Mapurito, que lo forma el caño de Las Mulas, y bajando éste hasta encontrar con la boca del caño de Cuatro Botijas, que es donde se cierra el globo de los terrenos'.

"*Cuarto.* Que el petróleo y, en general, los hidrocarburos de que trata el precedente numeral tercero pertenecen a las personas mencionadas en el precedente ordinal segundo del presente parágrafo I de la demanda, en la proporción allí señalada".

2) Peticiones subsidiarias de primer grado.

Que en subsidio se declare:

"(A) En caso de que deje de hacerse la declaración a que atañe el numeral segundo del precedente parágrafo I de la presente demanda, que el petróleo y, en general, los hidrocarburos de que trata el precedente numeral primero del propio parágrafo I de la presente demanda, pertenecen a la sucesión ilíquida de don Francisco Trespalacios Marzán, en lo que tal declaración no cupiere.

"(B) En caso de que deje de hacerse la declaración a que el numeral cuarto del precedente parágrafo I de la presente demanda concierne, que el petróleo y demás hidrocarburos a que se refiere el numeral tercero del propio parágrafo I de la presente demanda, pertenecen a la sucesión ilíquida de don Oscar Adolfo Trespalacios Cabrales, en lo que tal declaración no cupiere".

3) Peticiones subsidiarias de segundo grado.

En subsidio, para el caso de que se dejen de hacer las declaraciones indicadas en los precedentes parágrafos I y II, que se declare:

"(AA) Que salvo en lo concerniente a las tres cuartas partes pro indiviso que se excluyen conforme al numeral primero del precedente parágrafo I, no son nacionales (o no pertenecen al Estado) el petróleo y, en general, los hidrocarburos existentes o que haya en el terreno ubicado en los Municipios de Chimichagua, Chiriguaná y Valledupar, y que se halla comprendido entre la margen derecha del río Cesar, la margen izquierda del río Ariguaní y la línea recta que une los puntos C y D de la propuesta número 440, formulada por el señor Walter K. Link para contratar la exploración en busca de petróleo y la explotación del que pueda haber en la región que en esa propuesta se determina; la cual propuesta fue admitida por la Resolución número 113, dictada por el Ministerio de Minas y Petróleos, a 16 de febrero de 1948, y publicada en el 'Diario Oficial' número 26688. En su parte cercana al punto D, esta línea recta, que se extiende desde la margen derecha u occidental del río Cesar hasta la margen derecha u occidental del río Ariguaní, sobresale de la extensión que se describe, como que pasa por el río Ariguaní. Tal región, se repite, no se extiende a las madres de tales ríos, cuyas aguas se juntan.

"(BB) Que del petróleo y, en general, de los hidrocarburos existentes o que haya en las tierras contenidas en el perímetro que el río Cesar, el río Ariguaní y aquella línea señalan (o sea el indicado en el numeral (AA), inmediatamente precedente) pertenecen:

"(a) A las personas mencionadas en el numeral segundo del precedente parágrafo I —en la misma proporción allí señalada, y exclusión hecha de las tres cuartas partes (¾) pro indiviso que no son materia de la demanda, conforme al numeral primero del propio parágrafo I—, el petróleo y, en general, los hidrocarburos existentes o que haya en el terreno ubicado en dichos Municipios, y que se comprende entre el actual río Ariguaní, la ciénaga del Burro, el caño de Remanganaguas, la línea recta que une las cabeceras de este caño con Mata de Pueblo Nuevo, la línea recta que va de este punto a Mata de Gallina, la línea recta que se extiende desde este punto hasta las cabeceras del caño de Cuatro Botijas, este caño —aguas abajo— hasta donde lo corta la expresada línea que une los puntos C y D de la citada propuesta número 440, y desde este punto hasta la margen izquierda del río Ariguaní, esta misma línea arriba descrita.

"(b) A las personas mencionadas en el numeral segundo del precedente parágrafo I —en la misma proporción allí señalada—, el petróleo y, en general, los hidrocarburos existentes o que haya en el terreno ubicado en dichos Municipios, y que se comprende entre el río Cesar, el río Ariguaní —desde donde éste se junta con el río Cesar, hacia arriba, hasta la Ciénaga del Burro—, el terreno que acaba de describirse en el precedente ordinal (a) y la línea que une los puntos C y D de la citada propuesta número 440 —desde el punto C de la misma línea hasta donde ella corta el caño de El Paso de las Mulas—".

4) Peticiones subsidiarias de tercer grado.

Que en subsidio se declare:

"(AAA) En caso de que deje de hacerse la declaración a que atañe el ordinal (a) del numeral (BB) del precedente parágrafo III, que pertenecen a la sucesión ilíquida de don Francisco Trespalacios Marzán, el petróleo y, en general, los hidrocarburos existentes o que haya en el terreno que ahí se describe, en lo que tal declaración no cupiere.

"(BBB) En caso de que deje de hacerse la declaración a que es relativo el ordinal (b) del numeral (BB) del precedente parágrafo III, que el petróleo y, en general, los hidrocarburos existentes o que haya en el terreno que allí mismo se determina, pertenecen a la sucesión ilíquida de don Oscar Adolfo Trespalacios Cabrales, en lo que tal declaración no cupiere".

5) Los hechos.

Son hechos en los cuales la parte actora apoya las anteriores pretensiones, los siguientes, cuya relación se transcribe en su integridad, pues que, además de su objetividad, contiene la inserción de documentos, cuyo conocimiento desde ahora excusa su reproducción en la parte considerativa del fallo.

"(A) *Hacienda de Las Cabezas.*

I. Título de las tierras conocidas por el nombre de El Paso del Adelantado.

"1º El 26 de noviembre de 1744 el Maestro de Campo don Julián de Trespalacios y Mier remató ante el Teniente de Gobernador, Juez de Cobranzas de Rentas Reales y Comisionado por el señor Virrey del Nuevo Reino de Granada para la venta y arrendamiento de las tierras realengas que se comprendían en las jurisdicciones del Valle de Upar y Pueblo Nuevo de Jesús —don Francisco del Campo—, el terreno denominado Paso del Adelantado, ubicado en Pueblo Nuevo de Valencia de Jesús, Provincia de Santa Marta, y cuyos linderos, determinados en el acta, fueron los que en el subsiguiente ordinal 2º se indican.

"2º El día siguiente, una vez cubiertos el valor del remate de esas tierras y el del anterior arrendamiento de las mismas, se dio al rematante posesión de ellas, según estas palabras del acta levantada para dejar testimonio al respecto:

"En el sitio del Paso del Adelantado de la jurisdicción de la ciudad del Pueblo Nuevo de Jesús en veintisiete de noviembre de mil setecientos cuarenta y cuatro años, el señor don Francisco del Campo, Teniente Gobernador, Juez de Cobranzas de Rentas Reales y de Comisión para la venta y composición de las tierras realengas que se comprenden en las jurisdicciones de las ciudades de Pueblo Nuevo de Jesús y Valle de Upar, habiendo por conclusos estos autos, y que según de ellos parece, ha entregado don Juan Guerra como parte apoderada del Maestro de Campo Julián de Trespalacios el valor del remate de las tierras que a su Magd. compró para dho. Maestro de Campo y arrendamiento que de ellas se mandó cobrar, debiendo en su consecuencia darle, como lo tiene pedido, la posesión, deslindarle y amojonarle dhas. tierras, habiendo hoy día de la fha. pasado su Mred. con dicho don Juan Guerra e infrascriptos testigos se ejecutó en la forma siguiente:

"Desde las márgenes del caño de Iguana, agua arriba, por el playón de Jazmín y Puerto de Rafaela, hasta encontrar con la Ciénaga de Burro, y de ésta asimismo por el caño de Remanganaguas, de éste en derechura hasta la mata de Pueblo Nuevo, y en la misma conformidad hasta encontrar con la mata de Gallina, y de allí hasta encontrar con el caño de Cuatro Botijas, linderos de las tierras de Juan Agustín Moreno, y de éste, aguas abajo, hasta donde entra en el caño que llaman del Pozo, y de éste, aguas arriba, hasta encontrar con la sabana de San Cayetano, y rebasada ésta, bajando a otra que llaman las Once Reses, y la Espíritu Santo, y el paraje que llaman Mungía, y el que se le sigue nombrado Santos, y de éste cortando en derechura por la boca del Tonto, hasta encontrar con las orillas de Ariguaní, y de éste, aguas abajo, hasta encontrar con el río Cesar, que es donde desagua y cierra el globo de la tierra de la postura que el dho. don Juan Guerra tiene pedidas para su aporte el expresado Maestro de Campo don Julián de Traspalacios de Mier, bajo cuyos linderos se le dio por su Mercd. la posesión, y en señal de propiedad, dominio y señorío, que en su virtud tiene adquirido dho. Maestro de Campo don Julián de Trespalacios Mier, paseó en su nombre dhas. tierras el dho. don Juan Guerra su parte, encendió lumbre en muchas partes de ellas, cortó ramas, arrancó yerbas, con otras que legitiman dicha posesión a la dicha su parte...".

"3º Y en vista de ello, el Virrey del Nuevo Reino de Granada y Presidente de la Real Audiencia de Santafé, don Sebastián de Eslava, expidió título de propiedad de estas mismas tierras a favor del citado don Julián de Trespalacios y Mier, y de sus herederos y sucesores el 25 de agosto de 1746.

"4º El cual fue confirmado mediante cédula Real expedida en Aranjuez a 11 de mayo de 1749.

"5º Con relación a esta Real Cédula se pagó el derecho de la media anata.

"II. El Mayorazgo de Santa Coa.

"6º Don Juan Bautista de Mier y Latorre, primer Marqués de Santa Coa, falleció en 1750, dejando como albaceas a sus sobrinos don Julián de Trespalacios y Mier y don José Fernando de Mier y Guerra.

"7º El propio don Juan Bautista de Mier y Latorre, disponiendo en su testamento que se fundase mayorazgo a favor de su nieto don Juan Toribio de Trespalacios y Mier —hijo primogénito de su hija mayor, doña María Ignacia Andrea de Mier, y de su mencionado sobrino don Julián de Trespalacios y Mier—, destinó al efecto la suma de sesenta mil pesos.

"Habiéndose demorado la fundación del mayorazgo a causa de que en la testamentaría del causante surgieron incidentes y por muerte del albacea, don Julián de Trespalacios y Mier y de su cónyuge, acabó por hacerse la vinculación mediante el otorgamiento de escritura pública en Mompox, el 9 de diciembre de 1788.

"9º Haciéndose la vinculación con bienes que habían pertenecido a don Julián de Trespalacios y Mier, y que habían pasado a los herederos de éste las tierras de que tratan los precedentes numerales 1º a 5º, quedaron afectas al Mayorazgo en referencia, formando con otras la hacienda de Las Cabezas.

"10. La primera titular del mayorazgo fue doña María Josefa Trespalacios Serra.

"11. La segunda titular del mayorazgo fue doña María Ignacia Trespalacios Valdés.

"12. El mayorazgo se extinguió en vida de ésta por efecto del artículo 2º de la Ley de 10 de julio de 1824.

"13. Y a la muerte de doña María Ignacia Trespalacios Valdés le sucedió en sus bienes don Francisco Trespalacios Marzán.

"14. Don Francisco Trespalacios Marzán tomó posesión de dicha hacienda mediante inventario.

"La herencia de don Francisco Trespalacios Marzán.

"15. A la muerte de don Francisco Trespalacios Marzán le sucedieron por testamento sus hijos, a saber: don Oscar Adolfo, don José Manuel y doña Juliana Trespalacios Cabrales.

"16. Don Oscar Adolfo Trespalacios Cabrales hubo los derechos herenciales de su hermana doña Juliana Trespalacios Cabrales en la sucesión de don Francisco Trespalacios Marzán.

"17. Y los derechos herenciales de don José Manuel Trespalacios Cabrales en la misma pasaron a don Francisco, don Oscar A., don Rafael, doña Juana, doña Concepción y doña Julia Trespalacios Paz.

"(B) *Terrenos de San José de Mata de Indios o La Embocada.*

"I. Tierras de Mata Redonda y el Cardenal.

"(a) Título de Mata Redonda.

"18. El 27 de marzo de 1744 el señor Juan Agustín Moreno remató ante el Teniente de Gobernador, Juez de Cobranzas de Rentas Reales y Comisionado por el señor Virrey para la venta y arrendamiento de las tierras realengas comprendidas en las jurisdicciones de Valle de Upar y Pueblo Nuevo de Jesús —don Francisco del Campo—, el terreno ubicado en Pueblo Nuevo de Valencia de Jesús, Provincia de Santa Marta, y cuyos linderos, a tenor del acta del remate, fueron como sigue: 'Desde las orillas del zanjón o caño que llaman del Rodeo de las Yeguas, por el lado de arriba desde el paraje que llaman Mata Redonda, hasta donde dho. zanjón desagua en el caño de este sitio del Paso; y de él, aguas arriba, hasta el cerrito que llaman de La Cruz, y atravesando desde él la sabana pr. el paraje nombrado el Majaguo que está sobre el caño que llaman del Diablito, hasta donde confina con la sabana de Mata de los Yndios, y siguiendo por esta línea para abajo en derechura hasta encontrar con la expresada Mata Redonda, o caño del Rodeo de las Yeguas, por el lado de arriba'.

"19. El día siguiente, una vez cubiertos el valor del remate de esas tierras y el del anterior arrendamiento de las mismas, se dio al rematante posesión de ellas, según estas palabras del acta levantada para dejar testimonio al respecto:

"Haviendo oy día de la fha. pasado su Mrd. con dho. don Juan Agustín Moreno, y infrascritos tgos. se executó en la forma siguiente:

"Desde las orillas del zanjón o caño que llaman del Rodeo de las Yeguas, por el lado de arriba, desde el paraje que llaman Mata Redonda, hasta don dho. zanjón desagua en el caño de este sitio del Paso; y de él aguas arriva, hasta el zerrito que llaman de La Cruz, y atravesando desde él las Savanas, por el paraje nombrado Majaguo, que está sobre el caño llamado del Diablito, hasta donde confina con la sabana de Mata de los Yndios; y siguiendo por esta línea para abajo en derechura, hasta encontrar con la expresada Mata Redonda, o caño de Rodeo de las Yeguas, por el lado de arriva, en todas las dhas. tierras, y que se comprehenden bajo de dhos. linderos, se le dio por su Mrd. la posesión; y en señal de propiedad, dominio y señorío que en su virtud tiene adquirido dho. Juan Augn. Moreno, paseó dhas. tierras, ensendió lumbres en muchas partes de ellas, cortó ramas y arrancó hierba con otras cosas que legitiman dha. posesión, y le adquieren propiedad, y señorío, como con efecto pr. todo lo expresado lo tiene adquirido dho. Juan Agustín Moreno, para sí, sus herederos, y subcesores cediéndole, como su Mrd. le cede en fuerza de la comisión conferida por el Excmo. Sor. Virrey de este Nuevo Reyno, toda la acción, derecho y propiedad, que en ella se declara, a favor de su Magd. pr. la compra Real, y efectivamente hecha, toda ha caído en el expresado don Juan Augustín Moreno, sus descendientes y subcesores".

"20. Y en vista de ello, el Virrey del Nuevo Reino de Granada y Presidente de la Real Audiencia de Santafé, don Sebastián de Eslava, expidió título de propiedad de esas mismas tierras

a favor del citado don Francisco del Campo y de sus herederos y sucesores el 26 de agosto de 1746.

"21. El cual fue confirmado mediante Cédula Real expedida en Aranjuez, a 19 de junio de 1751.

"22. Con relación a esta Real Cédula se pagó el derecho de la media anata.

"23. En atención a la Real Cédula de Confirmación, el Alférez Real y Juez subdelegado de tierras con jurisdicción en Pueblo Nuevo, don Juan Marcos López de Montaño, amparó a don Juan Agustín Moreno el 25 de abril de 1753 en la posesión del terreno descrito en el numeral 19º.

"(b) Título de El Cardonal de Cuatro Botijas (medio asiento de hato).

"24. El 23 de marzo de 1763 don Lucas Domingo Moreno remató ante el Juez Subdelegado Particular de tierras, suelos, sitios, aguas, baldíos y yermas de Valencia de Jesús, Santa Marta, Valle Dupar y Provincia del río de La Hacha —don Manuel José Campuzano—, las tierras llamadas El Cardonal de Cuatro Botijas, situadas en las sabanas del Paso de Valencia de Jesús, y cuyos linderos, según el acta del remate fueron como sigue: "desde él (El Cardonal) hasta la cavezera del caño de Cuatro Botijas, de donde tirando hacia el Rodeo de Mata de la Lata, se termina al de el caño de Las Yeguas, y siguiendo al lindero de Mata Redonda que está en el Rodeo de el caño de Las Yeguas, se gira al Desaguadero de el caño de El Paso, aguas abajo, hasta encontrar con dho. Cardonal (también se dice en el acta: Las tierras de El Cardonal de Quatro Botijas, que se comprehenden desde éste hasta las Cavezeras del Caño de Quatro Botijas, hacia el Rodeo de la Mata de Lata, de donde jirando al Rodel del Caño del Rodeo de las Yeguas, hasta el lindero de Mata Redonda, y de aquí siguiendo dho. caño hasta el desaguadero de El Paso, aguas abajo, hasta encontrar con el dho. Cardonal de Quatro Botijas)'.

"25. El 4 de junio del propio año de 1763 don Lucas Domingo Moreno cubrió en las Reales Cajas del Juzgado de Cobranzas Reales de Valencia de Jesús, el importe del remate en referencia y, además, los derechos de media anata 'y el diez y ocho por ciento de flete, y havería de los Reynos de España'.

"26. El señor Oficial Real don Santiago López de Castilla conceptuó favorablemente a la petición de que se confirmara el título de ese remate.

"27. En vista de este dictamen, previo pago en la Real Contaduría de diez pesos que se aumentaron por la gracia y confirmación de las tierras, e invocando el 'capítulo Doce de la Real instrucción dada en San Lorenzo del Real a quince de octubre de mil setecientos sinquenta y quatro', el Capitán Comandante de la Plaza de Santa Marta y Gobernador Interino, don Andrés Pérez Ruiz Calderón, y el Tesorero Oficial de la Real Hacienda en la Provincia de Santa Marta, don Pedro Alvarez, confirmaron dicho remate, expidieron el título de propiedad del terreno rematado a favor de don Lucas Domingo Moreno, insertando en éste los capítulos 12, 13 y 14 de aquella Real Instrucción, y ordenaron darle posesión del mismo a 15 de octubre de 1763.

"28. Y así, el 19 de noviembre del propio año de 1763, el Alcalde ordinario de la jurisdicción de Nueva Valencia de Jesús de la Provincia de Santa Marta dio posesión a don Lucas Domingo Moreno, representado en ese acto por apoderado constituído al efecto, del terreno indicado en el precedente ordinal 24º, 'paseando dhas. sabanas desde su primer lindero Rincón del Cardonal hasta cavezeras de Quatro Botijas, desde aquí a la Mata de La Lata su Rodeo, y desde ahí se determina el caño de las Yeguas corriendo al desaguadero del Caño del Paso, aguas abajo, hasta encontrar con dho. Cardonal, dando a reconocer por dueño de dho. medio asiento de Hato al dho. Lucas Domingo Moreno; procediendo yo D. Jph. Blanco de Dueñas Alce. Ordinario de dha. Jurisdicción con las seremonias acostumbradas, para dha. posesión arrancando yervas, y picando palos para señalamiento de dhos. linderos', según las palabras del acta correspondiente.

"(c) Ventas posteriores.

"29. El 23 de noviembre de 1783, don Bartolomé Moreno, hijo y heredero de don Agustín Moreno, vendió al Regidor, don Pedro del Campo, para su consorte y demás hijos, la parte de ese terreno, consistente en las tierras de sabana y pastos, determinadas así:

"Entre el caño nombrado del Rancho, desde el punto pr. donde lo atraviesa el camino Real, a Pueblo Nuevo, pr. el Paso Real de arriba (y no por el de más abajo que llaman de Copé), siguiendo aguas abajo dho. caño hasta que desagua, y entra en el caño del Paso, por otros nombres de las Mulas y de Gabriel; y subiendo desde el concurso de ambos caños aguas arriva, por el del Paso, que es lindero con las tierras del Hato de Santa Bárbara de las Cavezas, propio del Mayorazgo y Marquezado de Santa Coa,

hasta el cerrillo nombrado de la Cruz; y de éste tirando una línea que atraviesa la sabana hasta el Majaguo de los Vallenatos, cuio punto est también lindero de las tierras de Guaymaral, que han comprado a su Magd. dn. Augustín, y D. Juan Baptista de Trespalacios, en consorcio de D. Franco, Cardona, ya difunto, y de las de la Hazienda de Mata de los Yndios, que antes fue propia de D. Josef Zuleta, defunto, y oy lo es de los expresados Da. María Joachina y Jph. Ygnacio; y desde dho. Majaguo de los Vallenatos, que está más arriva del caño del Diablito, vuelve el lindero, y línea hasta la Savana de Mata de los Yndios, y revuelve desde allí para abajo en derechura dividiendo las tierras de la dha. Hazienda de este nombre, y las que eran propias del vendedor hasta encontrar el zanjón, o caño del rodeo de las Yeguas, y por otros nombres de Mata Redonda y Mata de León, en el paraje frente a la Mata de este nombre, donde antiguamente tubo fundación de Hato el defunto D. Lucas Eguizabal: Y desde dho. punto en frente de Mata de León, tirando una línea recta, que pase por Mata de los Leones, y termine o acabe en el Paso de arriva en dho. caño del rancho pr. donde lo atravieza el camino real para Pueblo Nuevo; Quedando comprenhendidas dentro de los especificados linderos todas las Sabanas y cejas de Montes, que median entre el caño del Paso de las Mulas, o de Gabriel, y el dho. del rancho, y a ambos lados de éste hasta el punto del Paso del camino real referido, y línea desde él al del Rodeo de las Yeguas, o de Mata Redonda, la cual en lo subcesivo a de ser lindero, y divisoria de las tierras del dho. su parte, y los referidos Da. María Joachina y su hijo D. Jph. Ygnacio, por la vanda de arriva, y pr. el lado debe quedar, por la parte que mira a las savanas de Buena Vista, que posehen, el caño dho. del rodeo de las Yeguas, o de Mata Redonda, donde su parte tiene su fundación, hasta ésta, desde frente de Mata de León: Y desde dicha fundación será lindero la línea que de ella corre hacia el Rodeo de la Lata, y desde éste a las Cavezeras del caño de Quatro Botijas: Y por la otra vanda será lindero el mencionado Caño del Rancho, desde su embocadura en el del Paso, hasta el camino real de Pueblo Nuevo, donde éste corta el dho. caño por el Paso de arriva, y no por el del Copé, qe. está más abajo, porque todo el resto de tierras que tienen confirmación Real, se lo reservava, como se lo ha reservado su parte, para pastos de sus ganados, a saver: Las que quedan desde dicha línea del Paso del Caño del Rancho hacia el del Rodeo de las Yeguas, frente a Mata de León para abajo entre el caño de este nombre o del Rodeo de las Yeguas y el referido del Rancho en que se comprehenden el Reparo del Rancho en la Sabaneta del Reposo, y cienegueta de este mismo nombre: Matheo: Las dos Matas: las Raízes: Ceja de Simeón: Rincón del Joso: Cienegueta de Matheo: y Rodeo de las Yeguas, todos entre dha. línea y los caños del Rancho, y Mata Redonda, hasta el del Paso, o de las Mulas. Reservando también para su parte, como esta se lo reservó, el medio Asiento de Hato, que posee, y antes fue propio de su hermano Lucas Moreno, en virtud de compra a su Magd. nombrado tierras del Cardonal, comprehendidas entre el caño de Quatro Botijas desde sus cavezeras a su desagüe en el del Paso, y éste, aguas arriva, hasta seguir por el del Rodeo de las Yeguas, hasta la fundación de Mata Redonda, y desde ella, girando al Rodeo de la Lata, y de él a las Cavezeras del nombrado Quatro Botijas, y lo restante, bajo de los expresados linderos''.

''30. El 9 de mayo de 1789 el albacea de don Bartolomé Moreno vendió al citado don Pedro del Campo: 'un pedazo de tierra propia, del difunto citado Bmé. Moreno, que debajo del Rl. confirmación poseía, y reservó, vender en la qe. antecedentemente executó, al expresado Sor. D. Pedro del Campo; y consta su delineación desde el caño del Rancho, pr. el Paso que de dho. caño va a Mata de León, hasta el caño de Mata Redonda; como asimismo siguiendo la misma venta, la continuó del paraje nombrado El Cardonal, el mismo que poseía el difunto Moreno, pr. compra qe. hizo a S. M. (Dios le gue.) separado de los dos asientos de Ato, que posceía, con Real título, y su de gración, de dho. Cardonal, comienza, y se comprehende desde él; hasta la Mata de La Lata, termina al de el caño de las Lleguas, y siguiendo al lindero de Mata Redonda, que está en el rodeo de el caño de las Lleguas, seguirá al desaguadero del caño del Paso, aguas abajo, hasta encontrar con dho. Cardonal''.

''II. Tierras de Mata de Indios.

''31. El 8 de marzo de 1791 se expidió a favor de don José Ignacio del Campo el título de propiedad que se traslada en seguida, a saber:

''Don Agustín de la Sierra, Capitán de conquista de la nación de los Yndios Chimilas, Coronel de las Milicias disciplinadas de la ciudad del Río del Hacha, ésta y sus agregados, Juez particular, privativo de tierras en esta ciudad y la inmediata de valencia de Jesús y sus jurisdicciones por el principal de este Rey &a.

"Por cuanto en virtud de la novísima Real cédula instructiva que el Rey Nuestro Señor fue servido expedir en San Lorenzo el Real a quinze de octubre del año pasado de mil setecientos cincuenta y quatro sobre las ventas y composición de tierra en toda esta provincia, se presentó en este mi Juzgado Dn. Josef Ygnacio del Campo, vezino de la Villa de Santa Cruz de Mompox, de la Gobernación de Cartagena, pretendiendo compra a S. M. las tierras que se hallan en la savana nombrada de Mata de Yndios, jurisdicción de la ciudad de Valencia de Jesús, cuyos linderos se comprehenden de el Majaguo que nombran de los Vallenatos, hasta la madrevieja del Vayito, por toda la vega del río de Zesar, aguas abajo, hasta boca del caño Canoa, que recive agua del dicho río; y desde este paraje hasta la orilla de la savana de Mata de los Yndios, y de aquí hasta el expresado Majaguo de los Vallenatos, cerrando el globo, y haviéndolo dado por presentado, libre comición a D. Pedro de Luque, Alcalde de la Santa Hermandad de dicha ciudad de Valencia de Jesús: para que acompañado de personas prácticas y de satisfacción, con citación de colindantes y circumbezinos, y acreditando ser terreno realengo, midiese, deslindase amojonase y apreciase el terreno, lo que así executó, como se acredita de la diligencia de mensura y abalúo que componiéndose de quinze estancias y dos almudes de tierra importan todas doscientos sesenta y siete y quatro reales, las hize pregonar por el término de la Ley remitiendo las diligencias originales a los señores Governador y Oficiales Reales de la capital de Santa Marta para su remate, el que se celebró a veinte y cuatro días del mes de enero de este presente año de mil setecientos noventa y uno, en don Josef Nicolás de Jimeno como Apoderado de Don Josef Ygnacio del Campo y por la cantidad de doscientos sesenta y siete pesos quatro reales, lexítimo precio en que fue abaluado dicho terreno, y prevenido al interesado en reales cajas la dicha cantidad y real derecho de media Annata con el diez y ocho por ciento de su conducción y havería a los Reynos de España, executó así el Don Josef Nicolás de Jimeno e hizo constar por certificación de los señores Oficiales Reales de aquella capital; y conforme a los Capítulos de dicha Real Cédula instructiva se procedió a la confirmación de las quinze estancias y dos almudes de tierra que se comprehenden en las savanas de Mata de Yndios, pasando los autos originales al Contador Oficial Real, como que hase defensor Fiscal de la Real Hazienda reguló deve exivirse de derecho pecuniario por la gracia de la confirmación, ochenta y nueve pesos un real onze y un tercio maravedises, lo que así se hizo constar por certificación de aquel señor Oficial Real; y remitiéndoseme los autos, determiné librar el título de confirmación en el que se incertan la diligencia de medida y abalúo, remate, certificación del entero, vista del Fiscal y demás diligencias subcecuentes que a la letra son del tenor siguiente:

"'*Diligencia de medida.*

"'En el sitio de San Marcos del Paso del Adelantado, jurisdicción de la ciudad de Valencia de Jesús de Pueblo Nuevo, de la Gobernación y Provincia de Santa Marta, a veinte y un días del mes de mayo de mil setecientos noventa años: Yo Don Pedro de Luque, Alcalde de la Santa Hermandad de este Partido y su jurisdicción, y Juez Comisionado por el señor Don Augustín de la Sierra, Coronel de Milicias disciplinadas, Alcalde Ordinario por depósito de Vara, Juez Subdelegado para las ventas de tierra realengas de esta jurisdicción y la de la ciudad del Valle Dupar &a. Haviéndome conducido con los testigos de mi actuación, del Práctico nombrado para la dirección de los terrenos y rumbos de esta medida; de Don Gabriel Carreazo, como acompañado, y del interesado el señor Regidor del Cavildo de Mompox, don Josef Ygnacio del Campo, a el paraje nombrado la savana de Mata de Yndios por el lindero de las tierras del defunto Juan Augustín Moreno (cuios títulos originales tengo a la vista), y en la cavezera de arriba del caño Rabón del mismo nombre, dimos principio a ella, fixando el lindero en un palo de Puy que fijé con cinco señales, el qual paraje se señala en el plan de la figura de estas medidas con la letra *A*, y desde cuio paraje vía recta al Majaguo que nombran de los Vallenatos por el rumbo S. E. a N. O. N., atravesando por el Monte de la Media Luna y la cieneguita del Gallo hasta el referido Majaguo de los Vallenatos, dejando siempre a la izquierda la línea del costado de las tierras del ya dicho Juan Agustín Moreno, se midieron seis mil y quinientas varas, y cuyo paraje se señala en el mapa con la letra *B*. Y de este lindero que no piqué por estarlo y ser notoria y generalmente conocido como punto de rehunión que es de las Haciendas de Guaymaral del Zerrito de la Virgen y de las tierras referidas de Moreno, y siguiendo en derechura a la madrevieja del Vayito, lindero de la Hacienda del Guaymaral dejando sus tierras a la izquierda, y caminando por el rumbo O. S. O. al E. N. E. y pasando por la orilla del zerrillo que nombran del Vayito que dejamos a la derecha, y atravesando toda la savana de este nombre, hasta encontrar con la madrevieja del Vayito, que está

en la orilla, y muy inmediata al río de Zesar, se midieron quatro mil doscientos cincuenta y seis varas, fijando el lindero en el mismo palo de Puy, que estaba señalado por lindero de la Hacienda de Guaymaral, y se señala en el plano con la letra *C;* y desde este paraje, siguiendo por toda la orilla del caño que nombran de la Miel, aguas avajo por el rumbo N. N. E. al S. S. O., y hasta llegar enfrente de la cavezera de arriba del caño de Mata de los Yndios, donde dio principio la medida, se midieron cinco mil novecientas sesenta y siete varas, con lo que se concluió la del terreno realengo denunciado, y que había por esta parte formado un triángulo casi equilátero, cuias medidas se hicieron puntual, fiel y legalmente con una cabulla de cien varas castellanas de largo, que medí en presencia y a vista de todos los curcunstantes y testigos de mi actuación, y que según costumbre y práctica en semejantes casos equibale cada una a setenta y seis varas de la tierra, con sus pulgadas. Y para que conste lo pongo por diligencia que firmo con los asistentes y testigos.

" 'Pedro de Luque. Josef Ygnacio del Campo. Josef Macario Gómez. Josef Gabriel Durán. Por mí y por Josef Navarro, Gabriel Carriazo, Mariano de Aníbal.

" '2ª *Diligencia de medida.*

" 'En la Hacienda de San Josef de Mata de los Yndios a veinte y dos del mes de mayo de mil setecientos y noventa, Yo el Alcalde de la Santa Hermandad, Don Pedro de Luque, comisionado para la medida, deslinde y abalúo de las tierras realengas que a denunciado y pretende comprar el señor Regidor, Don Josef Ygnacio del Campo, a Su Magestad. Haviéndome conducido a dicha Hacienda con los testigos de esta actuación, práctico nombrado, acompañado y demás circunstantes al paraje nombrado El Trebolar, por la orilla de las tierras de Juan Augustín Moreno, y dejándolas a la mano izquierda, y dando principio en el referido Trebolar, donde fixé el lindero que demarco en el plano del terreno con el número 1, picando un palo de Puy, y siguiendo el rumbo S. al N., línea recta hasta la cabezera de abajo del caño Rabón que nombran Mata de los Yndios (antes citados en las diligencias de ayer), en donde fixé el lindero en un palo de Cañaguate, que piqué con cinco señales y se demarca en el plano con el número 2, hasta cuio paraje se midieron siete mil novecientas y cuatro varas, y desde este paraje revolviendo acia el S. E., aguas abajo, por toda la orilla del caño que nombran el Pijiñal, hasta donde desagua en el de Canoa (que es un brazuelo del río Zesar), donde fixé el lindero que piqué en un palo de Puy y demuestra el plano con el número 3, se midieron seis mil ciento diez y ocho varas; y desde aquí dirigiéndose acia el O. S. O., aguas abajo, por la orilla del dicho caño de Canoa hasta el Paso o Puerto de Lucía, en su orilla, donde fixé el lindero picando un palo de Quiebra-Hacha, y se demuestra en el plano con el número 4, se midieron tres mil ciento diez y seis varas; y desde aquí rebolbiendo al paraje del Trebolar, lindero y costado de las tierras de Juan Augustín Moreno, de donde dio principio esta medida, se midieron tres mil y quarenta varas, con lo que se cerró el terreno de ella en un trapecio o figura algo irregular de quatro lados, todos desiguales. Y porque así conste como el haverse executado con la misma cabuya de cien varas castellanas, que hacen setenta y seis varas de la tierra y sus pulgadas con que se executó la de ayer, lo anoto y firmo con los testigos, asistentes, práctico nombrado e interesado de que certifico.

" 'Pedro de Luque. Por mí y por Josef Navarro, Gabriel Carriazo, Josef Ygnacio del Campo, Josef Gabriel Durán, Josef Macario Gómez, Mariano de Aníbal.

" '*Regulación del terreno medido.*

" 'San Josef de Mata de los Yndios, veinte y dos de mayo de mil setecientos noventa. Haviéndose reconocido en las diligencias de medidas practicadas ayer y oy, que sin costear en trochas mucho más de lo que pueden valer las dos líneas de terreno comprehendidas entre el río Zesar y el caño de la Miel, por la parte de arriba, y entre el mismo río Zesar y el caño de Pijiñal, por la parte de abajo, y estanto comprehendidos en el terreno denunciado y que pretende comprar a Su Magestad Don Josef Ygnacio del Campo, arbitré atravezarlo por tres partes diferentes acompañado de los testigos, práctico nombrado y demás asociados, y haviéndolo encontrado en todas tres partes sumamente angosto y en muchas partes de calidad anegadizo, y sólo aparecen sus pocas lomas para labranza en el verano, en que se refugian a sestiar en él los ganados de la hacienda de Mata de los Yndios y para pasar a vever en el río Zesar que es la húnica aguada que les queda en verano; sin embargo, como dicho terreno es de la longitud que fácilmente se puede comprehender por la medida de las dos líneas que se tiraron a la orilla, dichas aguas abajo de ambos caños y con atención al provecho que logran los dueños de dichos ganados en

el refugio de ellos allí, se ha creído por este Juzgado, con dictamen del práctico, a juicio y cómputo prudente, regularlo y estimarlo por de quatro a cinco estancias útiles el referido terreno por lo muy largo aunque tan angosto. Y que también podrían regulárseles y dárseles por valor lexígimo quando más el de a quinze pesos cada una, y a todas cinco el de sesenta y siete pesos quatro reales, según nuestro fiel y legal saver y entender. Y para que conste, lo firmo y pongo por diligencia.

" 'Pedro Luque.

" 'Por mí y por Josef Návarro, Gabriel Carriazo, Josef Macario Gómez, Josef Gabriel Durán, Mariano de Aníbal.

" 'En el sitio de San Marcos del Paso del Adelantado a veinte y tres días del mes de mayo de mil setecientos y noventa: Yo Don Pedro de Luque, Juez comisionado para la mensura de las tierras que denuncio y pretende comprar don Josef Ygnacio del Campo, acompañado de los prácticos y testigos, dijo: Que mediante a hallarse evacuada la diligencia de mensura, de los terrenos que lo permitieron y hecha la regulación, y cómputo a juicio prudente de la extensión y valor del que no se pudo verificar por intransitable, y hallarse también formado el plano del terreno, según sus rumbos y distancias arreglado a la longitud de sus líneas en dos figuras geométricas, la primera un triángulo casi equilátero y la segunda un trapecio, y reducido el primero según reglas del arte a estancias, se halló contener salvo yerro de pluma o suma quatro estancias seis fanegas y ocho almudes; y el segundo, cinco estancias trece fanegas y seis almudes, que unidas hazen diez estancias y dos almudes, a razón de a treinta cabullas de a setenta y seis varas de la tierra y sus pulgadas de largo, y a quinze de ancho, según lo húltimamente mandado, y mediante la fertilidad del terreno se les dio y reguló el valor de a veinte pesos cada estancia, y a este precio componen la cantidad de doscientos pesos, a que agregándoles los sesenta y siete pesos quatro reales, de los quatro a cinco estancias reguladas del terreno no podido medir, asciende todo a doscientos sesenta y siete pesos quatro reales.

" 'Y en fe de estar hecho bien y legalmente, según su entender y saber, lo firman conmigo de que certifico.

" 'Pedro de Luque. Josef Macario Gómez. Josef Gabriel Durán. Por mí y por Josef Navarro, Gabriel Carriazo. Mariano de Aníbal.

" '*Remate.*

" 'En la ciudad de Santa Marta a veinte y quatro días del mes de enero de mil setecientos noventa y un años. Los señores Don Josef Ygnacio de Astigarraga, Capitán de Fragata de la Real Armada, Governador y Comandante General de esta plaza y provincia por el Rey Nuestro Señor: Don Manuel Truxillo, Thesorero, y Don Matheo de Trespalacios, Contador, Oficiales Reales, Ministros de la Real Hazienda de esta dicha ciudad y provincia por Su Magestad, mandaron que en virtud de su Decreto del día veinte y dos del corriente se principiara a pregonar las tierras contenidas en estos autos; en cuia virtud, yo, el presente Escrivano, por voz de Juan Negro, esclavo del Rey, que hizo oficio de Pregonero por no haverlo público en esta ciudad, hize dar el pregón siguiente: Doscientos sesenta y siete pesos quatro reales dan por quinze estancias y dos almudes de tierra que citan en el paraje que nombran de Mata de Yndios y savanas del Paso del Adelantado, en la jurisdicción de la Nueva Valencia de Jesús de esta Governación, quien quisiere mejorar esta postura comparezca que se le admitirá la que hiziere y sea de rematar a las doze de este día por ser el asignado y estar para ello citada la parte, el cual pregón se repitió varias y distintas veces en el discurso de la mañana, y siendo ya cerca de las doze mandaron Su Señoría y Mercedes se apercibiese para remate como se executó repitiendo por tres distintos pregones, en cuio acto compareció Don Josef Nicolás de Ximeno y dijo: Que como apoderado de don Josef Ygnacio del Campo hacía, a favor de éste, la postura de doscientos sesenta y siete pesos quatro reales por las quince estancias dos almudes de tierra que se estaban pregonando, con lo que Su Señoría y Mrdes. mandaron pregonar como se executó por otros tres pregones, a la una, a las dos y a la tercera, siendo ya dadas las doze del día, siguió el pregonero diciendo, y pues que no hay quien puje ni quien diga más que doscientos sesenta y siete pesos quatro reales por las quince estancias dos almudes de tierra que se han pregonado con expresión del paraje y jurisdicción donde se hallan, que buena, que buena y verdadera pro le haga a quien las tiene puestas, con lo cual quedó celebrado este remate a favor de Don Josef Ygnacio del Campo, vezino de la Villa de Santa Cruz de Mompox, y siendo presente el referido Don Josef Nicolás de Ximeno, su apoderado para el efecto, lo aceptó a su nombre y se obligó a la satisfacción de la citada cantidad de doscientos sesenta y siete pesos y quatro reales que

a importado el remate de dichas tierras, y en crédito de lo qual firmó con Su Señoría y mercedes por ante mí el Escrivano de la Real Hazienda de que doy fe.

" 'Josef de Astigarraga. Manuel Truxillo. Matheo de Trespalacios. Josef Nicolas de Ximeno. Ante mí, Josef de Alamo, Escribano de la Real Hacienda.

" '*Decreto.*

" 'Santa Marta, enero veinte y cinco de mil setecientos noventa y uno. Apruébase en quanto ha lugar el remate celebrado en Don Josef Nicolás de Ximeno, como apoderado de Don Josef Ygnacio del Campo, de las quince estancias dos almudes de tierras en el paraje nombrado de Mata de Yndio, y haciendo constar haver enterado en reales caxas la cantidad de doscientos sesenta y siete pesos quatro reales en que fueron rematadas; como así mismo la media Annata, y diez y ocho por ciento de su conducción y haveria a los Reynos de España con rebaja de cinco pesos dos reales veinte y tres quartos de maravedís que corresponden al señor Juez Subdelegado de tierras por razón de dos por ciento que le asigna Su Magestad. Se proveerá. Astigarraga. Truxillo. Trespalacios. Munive. Ante mí, Josef de Alamo, Escrivano de la Real Hazienda.

" '*Certificación.*

" 'Los Oficiales Reales, Ministros de la Real Hazienda de esta ciudad y provincia de Santa Marta, por el Rey Nuestro Señor, Thesorero, Don Manuel Truxillo, y Contador, Don Matheo de Trespalacios, Certificamos: Que Don Josef Nicolás de Ximeno, vezino de esta ciudad, como apoderado de Don Josef Ygnacio del Campo, de la Villa de Mompox, enteró en estas Reales caxas de nuestro cargo la suma de doscientos sesenta y dos pesos y un real, seis y dos tercios maravedís, que con cinco pesos dos reales veinte y siete y tercio maravedís que se rebajaron como correspondientes al señor Juez Subdelegado de tierras por razón del dos por ciento que por ayuda de costas le asigna Su Magestad en el Capítulo catorce de la Real instrucción, hacen doscientos sesenta y siete pesos quatro reales, cuia cantidad se le remataron quinze estancias dos almudes de tierra en el paraje que nombran de Mata de Yndios, en las savanas del Paso del Adelantado, jurisdicción de la Nueva Valencia de Jesús de esta provincia. Haviendo enterado igualmente trece pesos tres reales por razón de media Annata al respecto del cinco por ciento del principal de las tierras y dos pesos dos reales nuebe maravedís del diez y ocho por ciento de haveria y conducción a los Reynos de España, cuias cantidades unidas componen la de doscientos ochenta y siete pesos seis reales quinze y dos tercios maravedís, de los que nos hemos hecho cargo en el libro Real del nuestro en los ramos a que corresponden. Y para que conste damos la presente en esta Real Contaduría de Santa Marta, y enero veinte y seis de mil setecientos noventa y uno.

" 'Manuel Truxillo. Matheo de Trespalacios.

" '*Decreto.*

" 'Santa Marta, enero veinte y siete de mil setecientos noventa y uno. Constando por la certificación que prezede haverse enterado en reales caxas por parte del apoderado, Don Josef Ygnacio del Campo, la cantidad del remate de las tierras de Mata de Yndios con más el derecho de media Annata y diez y ocho por ciento de su conducción y haverían a los Reynos de España, para prozeder al veneficio de la confirmación con arreglo a la real zédula de quinze de octubre de mil setecientos cincuenta y quatro: Dese vista de estas diligencias al señor Contador Oficial Real para que como debe hacer el oficio de defensor de la Real Hazienda exponga lo que a favor de ella tenga por combeniente.

" 'Astigarraga. Truxillo. Trespalacios. Munive. Ante mí, Josef de Alamo, Escrivano de la Real Hacienda.

" '*Notificación.*

" 'En dicho día, mes y año, yo, el Escrivano, instruí el anterior decreto a Don Josef Nicolás de Ximeno en nombre de su parte, doy fe. Alamo.

" '*Otra.*

" 'Yncontinenti, yo, el Escrivano, pasé estas diligencias al señor Contador Oficial Real, Don Matheo de Trespalacios, y de haver recibido, doy fe. Alamo.

" '*Vista Fiscal.*

" 'Señor Gobernador y Thesorero Oficial Real. El Contador Oficial Real, como fiscal de tierras, dice: Que por la mensura de las contenidas en este expediente citas en el paraje que nombran de Mata de Yndios en las savanas del Paso del Adelantado, jurisdicción de Nueva Valencia de Jesús de esta provincia, que se remataron en Don Josef Nicolás Ximeno, como apoderado de

Don Josef Ygnacio del Campo, vezino de la Villa de Santa Cruz de Mompox, se reconoce ser quinze estancias y dos almudes, cuio avalúo es el de los equitativos a la Real Hacienda en las de esta clase, en cuia virtud le parece de justicia que con arreglo al Capítulo doze de la Real instrucción de quinze de octubre de setecientos cincuenta y quatro, por el que la Real piedad amplía a sus Tribunales la confirmación de las tierras que se compren al Real Patrimonio, cumpliendo con el indulto y servicio pecuniario que se le previene en el Capítulo nueve de la misma Real instrucción el que se le confirmen. Y importando las quinze estancias y dos almudes de que solicita confirmación doscientos sesenta y siete pesos quatro reales, para que ésta se verifique deverá enterarse en Reales caxas ochenta y nueve pesos un real y onze y un tercio maravedís, que es la tercera parte de su principal que se considera por el tal Yndulto a exemplar de lo que en igual asumpto se a resuelto por el superior Gobierno de este Reyno y está en uso en esta provincia.

"Santa Marta, enero veinte y ocho de mil setecientos noventa y uno.

" 'Mateo de Trespalacios.

" '*Decreto.* Santa Marta, enero veinte y ocho de mil setecientos noventa y uno. Visto lo que en razón de la confirmación de las tierras de que se trata a expuesto el señor Contador Oficial Real, y que no se le ofrece reparo alguno qué adicionar sobre ello dijeron los señores Governador y Thesorero Oficial Real; que usando de la real facultad que les está conferida por el Capítulo doze de la Real Cédula instructiva dada en San Lorenzo el Real a quinze de octubre del año pasado de setecientos cincuenta y quatro: Aprueban y confirman el remate celebrado en Don Josef Nicolás de Ximeno, como apoderado de Don Josef Ygnacio del Campo, vecino de la Villa Santa Cruz de Mompox, provincia de Cartagena de estas Yndias, de las quinze estancias y dos almudes de tierra cita en el paraje nombrado de Mata de Yndios en las savanas del Paso del Adelantado que se relacionan en este expediente, y, en su consecuencia, mandaron que prezediendo el que haga constar por certificación el interesado haver enterado en estas reales caxas los ochenta y nueve pesos un real onze y tercio maravedís, tercera parte del principal en que se le hizo la venta que dicho señor Contador le reguló de indulto por la gracia y merced Real, se debuelba este expediente al señor Juez Subdelegado de tierras, para que en su vista delivere en conformidad de lo dispuesto en el Capítulo dézimo de la Real Cédula, lo que sea relativo.

" 'Astigarraga. Manuel Truxillo. Ante mí, Josef de Alamo, Escrivano de la Real Hacienda.

" '*Notificación.*

" 'En dicho día, mes y año: Yo, el Escrivano, di noticia de lo proveído al señor Contador Oficial Real, doy fe. Alamo.

" '*Otra.*

" 'Y luego hize saver el auto antezedente a Don Josef Nicolás de Ximeno, apoderado de Don Josef Ygnacio del Campo, doy fe. Alamo.

" '*Certificación.*

" 'Los Oficiales Reales, Ministros de la Real Hacienda de esta ciudad y provincia de Santa Marta, por el Rey Nuestro Señor: Don Manuel Truxillo y Don Matheo de Trespalacios, Certificamos: Que Don Josef Nicolás de Ximeno, vezino de esta ciudad, como apoderado de Don Josef Ygnacio del Campo, que lo es de la Villa de Santa Cruz de Mompox, provincia de Cartagena de estas Yndias, enteró en estas Reales caxas ochenta y nueve pesos un real onze y un tercio maravedís, los mismos que yo, el Contador, regulé por servicio pecuniario por la gracia de la confirmación, y diez pesos cinco reales veinte y dos tercios maravedís del pecuniario de las quinze estancias y dos almudes de tierra que en estos autos constan compró a la Real Hazienda en pública subastación, de cuia cantidad nos hizimos cargo en los Reales Libros del nuestro y derecho correspondiente. Y para que conste damos y firmamos la presente. Real Contaduría de Santa Marta, enero veinte y nueve de mil setecientos noventa y uno.

" 'Manuel Truxillo. Matheo de Trespalacios.

" '*Desizn.*

" 'Por tanto, en nombre del Rey Nuestro Señor (que Dios guarde), y usando de la Real facultad que me está conferida, apruebo y confirmo el remate que en veinte y quatro días del mes de enero de mil setecientos noventa y un años se celebró en Don Josef Nicolás de Ximeno, como apoderado de Don Josef Ygnacio del Campo, de las quinze estancias dos almudes de tierra citas en las savanas que nombran de Mata de Yndios, jurisdicción de la ciudad de Nueva Valencia de Jesús, de la provincia de Santa Marta, respecto a haver exivido en aquellas reales caxas así: los

doscientos sesenta y siete pesos quatro reales de su valor, media Annata y diez y ocho por ciento de havería y derecho regulado por la gracia de confirmación, la cual sea y se entiende sin perjuicio de naturales ni de otro tercero que mejor derecho tenga: En cuia virtud mando librar el presente, y por él ordeno y mando a todas las justicias sujetas a la jurisdicción de este Gobierno, Juezes Subdelegados de tierras de toda esta provincia en donde se hallan dichas savanas de Mata de Yndios, mantengan y amparen en la posesión y propiedad de ellas al mencionado Don Josef Ygnacio del Campo, sin permitir que por ninguna persona del Estado, calidad y condición que sea se le impida, estorve, ni embaraze en su uso, cultivo y desfrute, sin primero ser oydo y venzido por fuero y derecho; pues yo por el presente le matengo y amparo en la propiedad y posesión de las expresadas tierras de Mata de Yndios. Y para que se verifique la Judicial posesión le confiero facultad necesaria a qualquiera de los señores Alcaldes Ordinarios o de la Santa Hermandad de la citada ciudad y jurisdicción de Valencia de Jesús, para en virtud de este *Título* se le dé Real, corporal, velquaci al precitado Don Josef Ygnacio del Campo, declarando y especificando en la diligencia de ella los linderos de que se compone la mencionada savana de Mata de Yndios, y a continuación de este Título. Que para su cumplimiento se lo mando despachar firmado de mi mano, sellado con el sello de mis armas, y autorizado con testigos por ausencia del mismo Escrivano; que es fecho en esta ciudad de los Reyes del Valle Dupar a los ocho días del mes de marzo de mil setecientos noventa y un años.

" 'Agustín de la Sierra. Andrés Dana. Melchor Rodríguez'.

"III. Tierras de San Juan Nepomuceno de Remanga Naguas.

"32. A principios del año de 1744, don Bernardo Campuzano, Alguacil Mayor del Santo Oficio de la Inquisición, pidió al señor Teniente de Gobernador y Juez de Comisión para la venta y composición de tierras con jurisdicción en Valle Dupar y Pueblo Nuevo de Jesús, que le admitiera a composición de las tierras que en la solicitud del mismo se determinaron así:

"Desde las orillas del río nombrado Ariguaní, por el paraje nombrado Playón de Juan de León, aguas corrientes hasta donde se unen con las del río de Cesar, y por éste aguas arriba hasta la savana nombrada Mata de los Yndios, y de esta cabezera del arroyo que llaman del Rodeo de las Yeguas, aguas abajo todo el dicho arroyo hasta donde desagua en el caño de este dicho sitio, y atravesando éste siguiendo la savana del Palmar, inclusive ésta, hasta el dicho Playón de Juan de León, en que se cierra el glovo de todas las tierras y savanas donde pastan y mantengo mis ganados, y los que compre de la hacienda de este dicho sitio...".

"33. En vista de esta petición, se dictó el Decreto que se traslada y reza:

" 'Por presentada admítese esta parte a la composición y venta de las tierras que enuncia y para que se ejecute con la integridad que se requiere, y Su Excelencia previene por sus decretos incertos en el despacho de comisión que se me ha cometido para este efecto, debiendo para el reconocimiento, deslinde y demarcación y medida de las tierras pedidas, nombrar personas prácticas que sirvan de agrimensores, regulen y den su valor, siendo las de más experiencia conocida que al presente se hallan en este sitio, Don Juan de Silva y Andrade, Tesorero de la Santa Cruzada de la ciudad del Pueblo Nuebo, y Rosendo de Leiras, vecino de la ciudad de Tamalameque, desde luego, los nombro por tales agrimensores, lo que se les hará saber para que acepten dicho oficio, y hagan el juramento prevenido por derecho de usar bien y fielmente de él a su legal saber y entender, y que pasarán con asistencia de Su Merced al dicho Ato, reconocimiento, deslinde y medidas de dichas tierras, y le darán su valor según lo que esta parte pide, cuyo pedimento se les hará saber para su mayor inteligencia, y en vista de lo que resultare se proveerá lo que más convenga. Proveyolo así el señor Don Francisco del Campo, Teniente de Gobernador, Justicia Mayor, Juez de Comisos y Cobranzas de Rentas Reales de dicha ciudad de Pueblo Nuebo de Jesús, y la del Valle Dupar, Corregidor de Yndios de sus respectivas jurisdicciones, Juez de Comisión para la venta y composición de sus tierras valdías por el Excelentísimo Señor Virrey de este Nuebo Reyno de Granada, estando en este sitio del Paso, a diez y seis de marzo de mil setecientos cuarenta y cuatro, con testigos por defecto de Escrivano.

" 'Don Francisco del Campo. Rosendo de Leiras. José Albarez'.

"34. Aceptado el cargo por los agrimensores y avaluadores designados en ese Decreto, se efectuó el remate de dichas tierras, como se expresa en el acta correspondiente, cuyo tenor sigue:

"En el sitio del Paso del Adelantado, en veinte y seis días del mes de marzo de mil seteclen-

tos quarenta y quatro años: El señor Don Francisco del Campo, Teniente de Gobernador, Justicia Mayor, Juez de Comisos y Cobranzas de Rentas Reales de las ciudades del Valle Dupar y Pueblo Nuebo de Jesús, Corregidor de naturales de las respectivas jurisdicciones, Juez de Comisión para la venta y composición de tierras realengas por el Exelentísimo Señor Virrey de este Nuevo Reino, dijo sumerced que mediante a hallarse finalizadas todas las diligencias conducentes para proceder al remate mandado executar de las tierras que constan pedidas en este quaderno y hallarse presente la parte, y su postor don Bernardo Campuzano, se bolvieron nuevamente a pregonar por voz de José Silvestre Mestizo de este dicho sitio, que hiso el oficio de tal, diciendo: ciento y diez pesos dan por las tierras que se incluyen vajo de estos linderos: Desde las orillas del río nombrado Ariguaní, por el paraje nombrado Playón de Juan de León, aguas corrientes hasta donde se unen con las del río de Sesar, y por éste aguas arriba hasta la sabana nombrada Mata de Yndios, y desde ésta y las cabezeras que llaman del Rodeo de las Yeguas, aguas abajo todo el dicho arroyo hasta donde desagua en el caño de este dicho sitio, y atravesando éste siguiendo la sabana del Palmar, inclusive ésta, hasta el dicho Playón de Juan de León, que es donde sierra el globo. Hay quien puje, hay quien diga más, comparesca que se le admitirá la postura que hiciere y se han de rematar en el mayor postor, y en esta forma se repitió dicho pregón desde las nueve del día hasta las doce de él, según el paso del sol, y no pareciendo quien mejore dicha postura, mandó sumerced avivar dicho pregón en las referidas y que se aperciba a remate por ser ya ora de hacerle, y aunque se hizo y apercivió repetidas veces no pareció mayor postor a las referidas tierras, y así se prosiguió diciendo dicho Pregonero, pues no hay quien puje ni quien diga más, a la una, y hay quien puje, hay quien diga más, a las dos, hay quien puje, hay quien diga más, a la tercera, qué buena, qué buena pro le haga a quien las tiene puestas, y en esa forma quedó hecho el remate de las tierras que constan en estos autos, en la cantidad de ciento y diez pesos que fue la de su abalúo y postura en Don Bernardo Campuzano, a quien hice saber el decreto desisivo del Excelentísimo señor Virrey de este Reyno, su fecha en Cartagena, veinte y tres de agosto del año pasado de mil setecientos quarenta y tres, para que dichas tierras el referido en quien están rematadas, sus herederos ni sucesores las hayan de poder vender, transferir ni enajenar en personas eclesiásticas, ni monasterios, y que si así lo hicieren se tendrán por nulas qualesquiera escrituras y contratos que para ello se obraren, como opuestos y irritados a Reales disposiciones: a lo que dizo dicho don Bernardo Campuzano, quedaba constituído y constituía a sus herederos y subsesores, y se obligaba y les obligaba al superior mandato de su Exelencia, y en su conformidad admitía y admitió el remate hecho en su cabeza de las tierras que tiene pedidas, pidiendo se le deslindasen, demarcasen y amojonasen por sumerced para obviar en adelante pleitos, y exibió de contado la expresada cantidad de ciento y diez pesos, y sumerced la recibió a toda su satisfacción para executar con ella lo que se le prebiene por su Exelencia, y por este auto así lo proveyó, mandó y firmó su merced con dicho Don Bernardo Campuzano y testigos con quienes actuó por no haber Escribano.

" 'Don Francisco del Campo. Bernardo Campuzano. José Albarez. Rosendo de Leiras'.

"35. El 28 de marzo del propio año de 1744, en dándose posesión a don Bernardo Campuzano de las tierras a que se refieren los precedentes ordinales 33 y 34, se extendió el acta correspondiente, a saber:

" 'En el sitio del Paso del Adelantado, en veinte y ocho días del mes de marzo de mil setecientos quarenta y quatro años, el señor don Francisco del Campo, Teniente de Gobernador, Corregidor de Naturales, Juez de Cobranzas Reales y de Comisión para la venta o arrendamiento de tierras en las jurisdicciones de las ciudades de Pueblo Nuevo de Jesús y Valle Dupar, por quanto se hallan conclusos estos autos y que, según de ellos, parece ha entregado el Capitán Don Bernardo Campuzano el valor del remate de las tierras a que Su Majestad compró, y arrendamiento del tiempo que de ellas se mandó cobrar, debiendo, en su consequencia, darle como lo tiene pedido la posesión, deslindarle y amojonarle dichas tierras, habiendo oy día de la fecha pasado sumerced con dicho Capitán don Bernardo Campuzano e infrascritos testigos executó en la forma siguiente: Desde las orillas del río Ariguaní, cabezeras del Playón de Juan de León, aguas corrientes hasta donde se unen con las del río de Cesar, y por éste, aguas arriba, hasta la sabana Mata de los Yndios, y inclusive ésta travesándola, sirve de mojón y lindero el Jobo del pantano que llaman Pacho Alonzo, y vajando por los charcos, desde tenre hasta las cabezeras del arroyo nombrado Rodeo de las Yeguas, y todo él, aguas corrientes, hasta donde derrama en el caño de este sitio del Paso, y atravesándolo para la sabana del Palmar, inclusive

éste, y sus linderos y mohones la Mata y cienegueta nombrada del Latal y el paraje que se nombra el Manantial, que confina con una seja de monte para entrar al referido Playón de Juan de León y orillas del río Ariguaní'.

"36. Medio siglo después se presentó la petición del tenor siguiente:

" 'Muy Poderoso Señor.

" 'José Antonio Maldona, Procurador de los del Número de esta Real Audiencia, Apoderado de Doña María Jacinta Martínez de Grimaldo, vecina de la Villa de Mompox, en virtud de su poder que debidamente presento, acepto y juro, ante Vuestra Alteza, como mejor proceda, por derecho parezco y digo: Que poseyendo mi parte por sucesión hereditaria las tierras que se nombran de San Juan Nepomuceno de Remanga Naguas, inmediata al sitio de San Marcos del Paso del Adelantado, jurisdicción de la Nueba Valencia de Jesús, en la Provincia y Gobernación de Santa Marta, quieta y pacíficamente, y sin contradicción alguna, aunque con la sosobra de no tener títulos en cuya virtud hubiesen poseído las dichas tierras sus ascendientes de quienes se le deriva el derecho; ocurrió el que por muerte de su legítima madre, doña María Teresa de los Reyes Campuzano, y en un baúl que les entregó antes de su fallecimiento hubiese encontrado mi parte, entre otros papeles, un testimonio el año pasado de ochenta y siete por los Alcaldes Ordinarios Administradores de Real Hacienda, de originales que pasaban en la Real Caja del que resulta como se verá del que debidamente presento, que desde el año pasado de quarenta y quatro Don Bernardo Campuzano, legítimo abuelo de mi parte, ocurrió al Teniente de Gobernador de la ciudad del Valle Dupar para que, en virtud de superior orden de Vuestro Virrey que entonces era de este Reino, publicada allí por bando para la composición, venta o arrendamiento de las tierras valdías y realengas, se le admitiese a la composición de las que tenía ocupadas con ganados vaxo los linderos que expreso. Y habiendo sido admitido, se mandaron medir y abaluar, cuias diligencias aprobadas se mandó sacar dichas tierras al pregón para su remate, y efectivamente se verificó éste en el referido abuelo de mi parte, Don Bernardo Campuzano, en veinte y seis de marzo del citado año de quarenta y quatro, en la cantidad de ciento diez pesos, que fue la de su abalúo y postura, que exhivió de contado con el rédito correspondiente por el tiempo anterior, dándosele, como se le dio, la correspondiente posesión. Estas tierras son las mismas en número que posee mi parte por el derecho de aquél su ascendiente, cubierto con tan legítimo título. Pero como se haya advertido del mismo testimonio de diligencias que llebo presentado que en el auto de foxas once en que se mandó dar la posesión a Don Bernardo Campuzano, se previene que evaquada se se le diese testimonio de todo lo obrado para que ocurriese ante Vuestro Virrey, a pedir en su virtud el correspondiente título, y no se encuentra constancia alguna de este recurso, ni se haya encontrado en la casa papel alguno de ello trate se hace muy verosímil el que se hubiese omitido, así por lo que va expuesto de no encontrarse en su razón cosa alguna, como porque del testimonio sólo aparece pedida una compulsa en el año de ochenta y uno, treinta y siete después de concluídas aquellas diligencias de venta y remate de las tierras que se hizo en Don Bernardo Campuzano, y esta misma compulsa es la que se encontró aora entre los papeles de la casa. Y deseando mi parte afianzar su derecho, y que no pueda en tiempo alguno oponérsele al libre uso de él la nota de esta falta de aprobación o confirmación, correspondiendo en todo caso a este superior Tribunal el dársela con audiencia del señor Fiscal, así por lo expresamente dispuesto en la Real instrucción, sobre libre venta y composición de tierras, dada en San Ildefonso a quinze de octubre del año pasado de sinquenta y quatro, como por la Real Cédula de mercedes de tierras de dos de agosto del de ochenta, suplico rendidamente a Vuestra Alteza se digne aprobar y confirmar aquél derecho de propiedad adquirido por don Bernardo Campuzano, en virtud de la venta que se le hizo de las citadas tierras, y se deribó por sucesión hereditaria a mi parte, en cuya culpa no ha estado la falta de esta diligencia. Además de que es así muy conforme a la citada Real instrucción, especialmente en sus artículos quarto y nueve, y mencionada Real Cédula, pues por una y otra disposición se mantiene al que posee en virtud de venta o composición y se le manda despachar la correspondiente confirmación sin necesidad de nuevas diligencias, siempre y quando el poseedor no las pida, y tenga por convenientes. Por todo haciendo el pedimento más útil y conforme. A Vuestra Alteza rendidamente suplico que habiendo por presentado el poder y testimonio se digne proveer como solicito que en lo necesario protexto y juro, &.

" 'Doctor Faustino de Flores, José Antonio Maldona'.

"37. Exigiose qué la peticionaria acreditase 'la legítima descendencia de don Bernardo Cam-

puzano, y haber recaído por derecho hereditario de las tierras que se expresan'.

"38. Y habiéndolo comprobado la peticionaria, doña María Jacinta Matilde de Grimaldo, acabó por expedirse a favor de ella título de propiedad de las tierras indicadas en los precedentes ordinales 32, 34 y 35, expresándose:

"Por quanto por mi Virrey, Presidente, Regente y Oidores de la Audiencia y Chanchillería Real de este Nuebo Reyno de Granada, se recivió una mi cédula del tenor siguiente:

" '*Real Cédula.*

" '*El Rey.*

" 'Virrey, Presidente, Regente y Oidores de mi Audiencia Real de la ciudad de Santafé, con motivo de lo que en carta de ocho de enero de mil setecientos setenta y seis, expuso Don Manuel de Guirior, siendo Virrey de ese Reino, acerca de las nuevas reglas y métodos que podrían observarse en (raído), y composición de tierras para que fuesen útiles a los vasallos de ese Paíz, señadamente a los pobres, y que mi Real Hacienda tubiese mayor utilidad por ser limitada la que rendía en este ramo; previne a Vos mi Virrey por Real Cédula de veinte y seis de mayo de mil setecientos setenta y siete, hicieseis convocar Junta de Hacienda, y que teniéndose presente en ella la Real instrucción, que para las ventas y composiciones de realengos, y administración de este ramo, se formó el año de mil setecientos sinquenta y quatro, las leyes que tratan de ellos, y quanto sobre el asunto representó el expresado Guirior, acordaseis, oyendo a mi Fiscal de mi Real Audiencia y al Juez General de Realengos de ese Reino, las reglas que juzgaseis oportunas para lo sucesivo, y quales de las antiguas podrían alterarse con atención a las actuales circunstancias de esos Paízes, al común beneficio de los vasallos, y al de mi Real Patrimonio, y que substanciado y evaquado por dicha Junta el expediente que le causase, lo pasaseis a voto consultivo de esa Audiencia para que, examinándolo nuevamente, expusiese el dictamen, y sin poner en práctica cosa alguna de quanto se acordase, dieseis cuenta con testimonio para providenciar lo conveniente. En su cumplimiento acompañáis vos mi Virrey, con carta de quinze de diciembre de mil setecientos setenta y ocho, testimonio de lo actuado en que se incluye la respuesta que puso el Fiscal de esa Audiencia, el informe del Juez de Realengos, y voto consultivo de ese Acuerdo, expresando al mismo tiempo vuestro dictamen. Y habiéndose visto todo en mi Conzejo de las Yndias con los antecedentes del asunto, lo que informó la Contaduría General y dijo mi Fiscal; he resuelto conformándome con el dictamen del enunciado Juez de Realengos, y con el de esa mi Real Audiencia que en todo ese Virreynato no se inquiete a los poseedores de tierras realengas en aquellas que actualmente disfrutan, y de que están en posesión en virtud de correspondientes títulos de venta, composición con mi Real patrimonio, contrato particular, ocupación u otro cualquiera que sea capaz de evitar la sospecha de usurpación, ni obligarles a que las vendan, ni arrienden contra su voluntad, y que si algún interesado tiene por conveniente deslindar y amojonar, según la actual poseción las que disfruta, pueda executarlo con autoridad Judicial, procediendo en esta diligencia el Juez del territorio con mucha moderación en la exacción de sus (los) derechos, sobre cuyos puntos estará muy a la mira el Juez privativo de Realengos. Por lo respectivo a las tierras valdías que en el día pertenecen a mi Real patrimonio, y de consiguiente puede éste enagenarlas; he resuelto conformándome con lo expuesto por el Fiscal de esa Audiencia (de cuyos dictámenes sois vos mi Virrey, y lo fue vuestro antecesor), que se concedan graciosamente a los sujetos que las quisieren desmontar, sembrar y cultivar, y mantenerlas siempre cultivadas con pastos, o con siembras, según su naturaleza, esepto el tiempo necesario para su descanso, pena de que si no lo executaren, pierdan el derecho a ellas, y se adjudiquen a otros, prefiriéndose al que las denunciare, y con calidad también de que a ningún sugeto se conceda más porción de tierras que las que buenamente pudiere labrar, atendiendo su caudal, y posibles, cuyo requisito se examinará atentamente, y con brevedad, poniéndose para conservar la medida y posesión, linderos fijos y durables que nunca se muden, y antes sí se conserven a costa del dueño del terreno, a fin de evitar, por este medio, dudas y pleitos sobre amojonamientos; a cuyas calidades he resuelto añadir la de que la consecución de tales tierras se execute por toda la Audiencia, y por conformidad de dos terceras partes de votos, señalándose al mismo tiempo de la concesión, el término dentro del cual debe cultivarse aquel terreno, cuyo señalamiento se hará atendidas las ocurrentes circunstancias. Finalmente he resuelto procuréis con eficacia, pero por medios suaves, que los actuales legítimos posehedores de tierras incultas las hagan fructificar, o por sí mismos, o arrendándolas, o vendiéndolas a otros. Todo lo qual os participo para que por vuestra parte cuidéis, como os lo mando, del puntual cumpli-

miento de esta mi Real determinación en inteligencia de que por despacho de la fecha de este hago a ese mi Virrey igual encargo para que concurra por su parte al propio fin.

" 'Dado en San Ildefonso a dos de agosto de mil setecientos ochenta.

" '*Yo el Rey.*

" 'Por mandado del Rey Nuestro Señor, Miguel de San Martín Cueto.

" 'La que se publicó en el Distrito de la enunciada mi Audiencia, y en su inteligencia se ocurrió a ella por parte de Doña María Jacinta Martínez de Grimaldo, vezina de la Villa de Mompox, con presentación de documentos y haciendo la representación que todo dice así:

" '.....

" 'Por tanto, fue acordado por los referidos mis Ministros el que se debía librar este título lo que ha tenido a bien, y por él; en conformidad de mi Real Cédula incerta y de resultar realengas las tierras de que se ha hecho mención con los demás requisitos necesarios; os hago gracia y merced a vos Doña María Jacinta Martínez de Grimaldo de las tierras reconocidas por el Teniente de Gobernador de las ciudades del Pueblo Nuebo de Jesús y Valle Dupar, bajo los límites y linderos que se expresan en la diligencia de reconocimiento. Y ordeno y mando a qualesquiera mis Justicias que por vos sea requerida que en ella os ampare y mantengan, y a vuestros herederos y sucesores sin permitir que con pretexto alguno se os inquiete en su uso y posesión.

" 'Dado en Santafé a veinte y nueve de enero de mil ochocientos dos'.

"39. Y el 11 de julio de 1806 la citada doña María Jacinta Martínez de Grimaldo vendió esas mismas tierras a doña María Ana Fernández de Villanueva, mujer legítima de don José Ignacio del Campo.

"(C) *Transferencias posteriores.*

"I. En cuanto a San José de Mata de Indios o La Embocada.

"40. Por escritura otorgada en el año de 1827, don Pedro Juan Visbal compró los terrenos a que se refieren los precedentes numerales 18 a 39 (o sean los denominados Mata Redonda, El Cardonal de Cuatro Botijas, Mata de Indios y San Juan Nepomuceno de Remanga Naguas).

"41. El 14 de septiembre de 1870 el señor Rafael Suárez remató esos mismos terrenos —que formaban la hacienda denominada San José de Mata de Indios o La Embocada— en el juicio ejecutivo promovido por el Presbítero Eugenio Soto y por María Concepción del Campo contra los herederos de don Pedro Juan Visbal, con intervención, en tercería coadyuvante, del representante del Fisco Nacional, el señor Procurador del Circuito.

"42. El 17 de noviembre de 1870 se dio posesión de esos terrenos al rematante, según el acta que se transcribe:

" 'En la cabecera del Distrito Parroquial del Paso, a los diez y siete días del mes de noviembre de mil ochocientos setenta, siendo el día señalado para dar posesión de la Hda. nombrada Sn. José de Mata de Indios, o sea La Embocada, al Sr. Oscar A. Trespalacios, apoderado del rematador de dicha Hda., Sr. Rafael Suárez; presente aquél se procedió a darle posesión de una bestia asnal en estado útil, de la cual se dio por entregado, no dándole posesión de las sesenta bestias caballares, por no existir, pues murieron de peste, se dio por entregado de un nº como de cien reses simarronas que existen en el paraje nombrado Catalina, terrenos de dicha Hda., por haberse destruído las trescientas restantes desde la fecha en que se inventariaron hta el actual por los que en este Distrito se dedican a abijeatos de ganados: acto continuo el Sr. Juez acompañado del Sr. Trespalacios i de mí, el Srio., salieron a caballo con el objeto de dar posesión del globo de tierras reconocidas como propiedad de dha. Hda. de la posesión de la loma i del ranchito del Reposo, cuya dilijencia de posesión del globo de tierras se ejecutó del modo siguiente: Desde la boca del caño de Cuatro Botijas, aguas arriba, hta. su cabecera, de ésta hta. encontrar con la Mata de Gallina, partiendo en derechura a la Mata de Pueblo Nuevo, i continuando así mismo hta la cabecera del caño de Remanga Naguas, aguas abajo, hta la ciénaga del Burro y desemboca en el caño de Iguanas, lindando estos terrenos por las partes enunciadas con los de los Sres. Trespalacios, i bajando el espresado caño Iguana sigue el lindero a la izquierda hta desembocar al río Cesar, i subiendo éste continúa el lindero a la izquierda por toda la orilla hta llegar frente al cerro de Melchor, i cortando en dirección a la madre vieja del vallito que está muy inmediata al río Cesar, y pasamos por un palo de puy que sirve de lindero de los terrenos de Guaimaral, y atravesando las sabanas del Vallito en línea recta al cerrito que llamamos del Vallito, que se dejó a la derecha, i partiendo de este punto por el pantano al majaguo de los

Vallenatos, cuyo palo sirve de lindero a las Hdas. de Guaimaral, El Cerrito y Leandro, partiendo de dho majaguo i pasando por el cerrito de la Virgen en dirección del pozo de Mapurito, que lo forma el caño que llaman de las Mulas, i bajando este que sirve de límites a los terrenos de los señores Trespalacios hta encontrar con la boca del caño Cuatro Botijas, que desagua en el caño citado de las Mulas, que es donde cierra el globo de tierras perteneciente a la Hda. nombrada de Mata de Indios, o sea La Embocada; bajo cuyos linderos se le dio la posesión al Sr. Trespalacios, i en señal de propiedad, dominio i señorío que en su virtud tiene adquiridos el Sr. Rafael Suárez, paseó en su nombre dichas tierras el dicho Sr. Trespalacios, encendió lumbres en muchas partes de ellas, cortó ramas, arrancó yerbas, por otros actos que lejitiman dicha posesión, propiedad i señorío, como en efecto por todo lo espresado lo tiene adquirido el Sr. Rafael Suárez para sí, sus herederos i sucesores en la posesión del terreno; pasamos por la de la Loma, de la cual se dió por entregado, no habiendo hecho lo mismo del ranchito del Reposo por haberse destruído. I no habiendo ningún (otro) bien de qué dar posesión al Sr. Trespalacios, como representante del señor Rafael Suárez, rematador de la Hda. de Mata de Indios, o sea La Embocada, se da por terminada por la presente dilijencia de posesión que firma el apoderado junto con el señor Juez por ante mí, el Secretario.

" 'Manuel E. Rocha. Oscar A. Trespalacios, Alberto Flórez'.

"43. Por escritura número uno de 8 de enero de 1875, otorgada en Valledupar ante el Notario Interino del Décimo Circuito, el señor Rafael Suárez los vendió a don Oscar Adolfo Trespalacios Cabrales.

"II. Sucesión de don Oscar Adolfo Trespalacios Cabrales.

"44. En diciembre de 1884 murió don Oscar Adolfo Trespalacios Cabrales en la hacienda de Las Cabezas.

"45. Y le sucedieron sus seis hijos, a saber: don Francisco Trespalacios Paz, don Oscar A. Trespalacios Paz, don Rafael M. Trespalacios Paz, doña Juana Trespalacios de Fernández, doña Concepción Trespalacios de Trespalacios y doña Julia Trespalacios de Piñeres.

"46. Expresose en la partición de los bienes de don Oscar Adolfo Trespalacios Cabrales, que se llevó a cabo en la causa mortuoria de éste:

" 'Señor Juez del Circuito:

" 'Antonio María Baute, en mi carácter de contador, partidor de los bienes pertenecientes a la sucesión del señor Don Oscar A. Trespalacios Cabrales, cuyo nombramiento he aceptado y jurado su desempeño, paso a llenar mi cargo en la forma siguiente: La posesión de Las Cabezas, compuesta de dos casas de habitación, otra conteniendo una cocina y dos cuartos de depósitos, una caballeriza y una casa de habitación de peones, todo con paredes de bahareque y techos de palma, deteriorados por su antigüedad, un corral y su corraleja, todo valorado en cuatrocientos pesos .. ..$ 400.00

" '.....

" 'Dos acciones de tierra en las nombradas de Santa Bárbara de Las Cabezas 400.00

" '.....

" 'Las tres cuartas partes del terreno conocido con el nombre de San José de Mata de Indios, o sea La Embocada ... 450.00

" 'La posesión de casa y corrales de Mapurito, en el mismo terreno 80.00

" '.....

" '*Adjudicación y pago.*

" 'Hijuela de Francisco Trespalacios Paz.

" 'A este heredero le corresponde la suma de ($ 3.468.70), y para cuyo pago se adjudican los siguientes bienes:

" 'Sexta parte en la posesión de Las Cabezas 66.70

" '.....

" 'Sexta parte en las tierras de Las Cabezas 66.70

" 'Sexta parte de la posesión de Mapurito 13.35

" 'Sexta parte del valor de las tierras de San José de Mata de Indios o Embocada 75.00

" '.....

" 'Hijuela de Oscar A. Trespalacios Paz.

" 'A este heredero le corresponde la suma de tres mil cuatrocientos sesenta y ocho con setenta cents., para cuyo pago se le adjudican los siguientes bienes:

" 'Sexta parte de la posesión de Las Cabezas 66.66

" ' . . . . . .

" 'Sexta parte del valor de las tierras de Las Cabezas 66.66

" 'Sexta parte del valor de las tierras de San José de Mata de Indios, o sea La Embocada 75.00

"Sexta parte del valor de la casa y corrales de Mapurito 13.33

" ' . . . . . .

" 'Hijuela de Rafael M. Trespalacios Paz.

" 'A este heredero le corresponde la suma de tres mil cuatrocientos sesenta y ocho pesos, setenta centavos, para cuyo pago se adjudican los siguientes bienes:

" 'Sexta parte de la posesión de casa de Las Cabezas 66.66

" ' . . . . . .

" 'Sexta parte del valor de las tierras de Mata de Indios o Embocada 75.00

" 'Sexta parte del valor de la casa y corrales de Mapurito 13.33

" ' . . . . . .

" 'Hijuela de Concepción Trespalacios de Trespalacios.

" 'Le corresponde a esta heredera la suma de tres mil cuatrocientos sesenta y ocho pesos, setenta centavos, para cuyo pago se le adjudican estos bienes:

" 'Sexta parte de la posesión de Las Cabezas 66.66

" ' . . . . . .

" 'Sexta parte del valor de las tierras de Santa Bárbara de Las Cabezas . . . 66.66

" ' . . . . . .

" 'Sexta parte del valor de la posesión de Mapurito 13.33

" 'Sexta parte del valor de las tierras de San José de Mata de Indios o La Embocada 75.00

" ' . . . . . .

" 'Hijuela de Juana Trespalacios de Fernández.

" 'Esta heredera tiene que haber la suma de tres mil cuatrocientos sesenta y ocho pesos, setenta centavos, para cuyo pago se le adjudican estos bienes:

" 'Sexta parte en la posesión de Las Cabezas 66.66

" ' . . . . . .

" 'Sexta parte del valor de las tierras de Las Cabezas 66.66

" ' . . . . . .

" 'Sexta parte del valor de las tierras de San José de Mata de Indios o La Embocada 75.00

" 'Sexta parte de la posesión de Mapurito 13.33

" ' . . . . . .

" 'Hijuela de Julia T. de Piñeres.

" 'Corresponde a esta heredera la cantidad de tres mil cuatrocientos sesenta y ocho pesos, setenta centavos, para cuyo pago se le adjudican estos bienes:

" 'Sexta parte de la posesión de Las Cabezas 66.66

" 'Sexta parte del valor de las tierras de Las Cabezas 66.66

" ' . . . . . .

" 'Sexta parte del valor de las tierras de San José de Mata de Indios o La Embocada 75.00

" 'Sexta parte de la posesión de Mapurito . . . . . 13.33'

"47. Una vez aprobada, esta partición fue registrada.

"48. Entre las diligencias sobre inventario, avalúos y partición adicionales de los bienes relictos de don Oscar Adolfo Trespalacios Cabrales se hallan las siguientes:

" 'República de Colombia - Departamento del Magdalena - Poder Judicial - Juzgado Unico del Circuito. - El Banco, catorce de octubre de mil novecientos treinta y ocho. El doctor Andrés E. Altamar, hablando como apoderado general de la sociedad anónima denominada 'Ganadería Las Cabezas', solicita en memorial de cuatro de los corrientes se decrete la facción de un inventario adicional con el correspondiente avalúo en la sucesión de don Oscar A. Trespalacios Cabrales, cuya defunción ocurrió el día veintitrés de diciembre de mil ochocientos ochenta y cuatro, en el hato de Las Cabezas, jurisdicción del Municipio de Chiriguaná, con el fin de complementar

el inventario primitivo con los inmuebles que se enumeran en su petición objeto de esta providencia. Como el peticionario acompaña a su solicitud las pruebas pertinentes, y se trata de un inventario adicional después de hecha la partición en el correspondiente juicio sucesorio, y este Juzgado, tanto por el último domicilio del causante como por la ubicación de los inmuebles, es el competente para conocer, se resuelve: 1º Admitir al doctor Andrés E. Altamar como apoderado general de la sociedad comercial 'Ganadería de Las Cabezas'; 2º Decretar, como en efecto se decreta, la facción de los inventarios adicionales y avalúo de los siguientes bienes, pertenecientes a la sucesión de Oscar A. Trespalacios Cabrales. Una acción equivalente a la tercera parte indivisa, en las tierras nombradas Santa Bárbara de Las Cabezas; la tercera parte indivisa del terreno que comprende la sabana de Tamacal con los playones contiguos hasta el Rubio, y la cuarta parte del predio San José de Mata Indios o La Embocada, fincas todas situadas en jurisdicción de Chiriguaná y Chimichagua; 3º Cítese personalmente al señor Síndico Recaudador del Impuesto sobre Sucesiones; 4º Fíjese edicto emplazatorio por el término de un mes, y 5º Practíquese el inventario y avalúo de dichos bienes y demás diligencias, antes del vencimiento del edicto, de acuerdo con la facultad que otorga al peticionario el artículo 948 del Código Judicial por solicitarse así. Notifíquese y cópiese. Nicolás Alvarez Gómez. El Secretario, Emilio Casmaño. Hoy catorce de octubre de mil novecientos treinta y ocho, notifico el auto anterior al doctor Andrés E. Altamar, e impuesto firma. A. E. Altamar. Caamaño, Secretario. Conste que se copió al folio 33 del L. R. Caamaño, Secretario. Hoy veinticuatro de octubre de mil novecientos treinta y ocho, notifico el auto anterior al señor Síndico Recaudador del Impuesto de Sucesiones (señorita Recaudadora de Hacienda Nacional), y firma. Manuela Esparragoza G. Caamaño, Secretario.

" 'Diligencia de inventario y avalúo:

" 'En el Banco, a diez y seis días del mes de noviembre de mil novecientos treinta y ocho, siendo las diez (10) de la mañana, día y horas señaladas para la práctica de los inventarios adicionales y avalúos de los bienes de la sucesión intestada de don Oscar A. Trespalacios Cabrales, se presentaron los señores Juan M. Lara C., perito único, debidamente posesionado, y el doctor Andrés E. Altamar, apoderado general de los interesados en este juicio, con el fin arriba indicado. Se citó personalmente a la señorita Recaudadora del Impuesto de Sucesiones para que compareciera al acto, dejando de concurrir a él. Acto seguido, el señor Juez recibió el juramento legal al doctor Andrés E. Altamar, para que denunciara los elementos del activo y pasivo de la sucesión de que se trata, y hecha la relación por el juramentado, se extendió de ella la siguiente lista:

" '*Activo.*

" '1º Una acción equivalente a la cuarta parte indivisa del predio denominado San José de Mata de Indios o La Embocada, predio situado en jurisdicción del Distrito de Chiriguaná, y que tiene los siguientes linderos generales (aquí se determina este inmueble como en el numeral Tercero del parágrafo I de la parte petitoria de la presente demanda). El predio descrito fue adquirido en su totalidad por el causante Trespalacios Cabrales, según escritura pública número uno (1) de ocho (8) de enero de mil ochocientos setenta y cinco (1875), de la Notaría de Valle Dupar. En el primitivo juicio sucesorio sólo se inventariaron las tres cuartas partes de él, según consta en la escritura de protocolización número 19 de 11 de septiembre de 1894, en la Notaría de Valledupar; los adjudicatarios en dicho juicio a título de aporte, transfirieron esas tres cuartas partes y sus derechos en la cuarta parte restante, que ahora es materia del presente inventario adicional a la sociedad denominada 'Ganadería Las Cabezas', quien como dueña de la totalidad del inmueble, viene poseyéndolo desde su fundación, que consta en escritura número 61, otorgada en la Notaría de Mompox, el 24 de mayo de 1918.

" 'Número 2. Una acción equivalente a la tercera parte indivisa del predio denominado Santa Bárbara de Las Cabezas, situada en jurisdicción del Distrito de Chiriguaná, y cuyos linderos generales son los siguientes (aquí se determina este inmueble indicando los linderos generales del mismo, copiados en el numeral Primero del parágrafo I de la presente demanda).

" 'En los terrenos que se acaban de describir está comprendido un lote o porción que don Oscar A. Trespalacios Cabrales, transfirió a varios vecinos de El Paso por escritura pública número 2, de fecha 5 de marzo de 1878, otorgada en la Notaría del Circuito de Valledupar, en la cual están especificados los linderos correspondientes, con sus usos y servidumbres, quedando en poder del señor Trespalacios Cabrales varias acciones de dicha porción de terreno, y haciendo

donación al vecindario de El Paso del perímetro en que está comprendida la población. El bien que se acaba de inventariar lo adquirió el causante por herencia de su finado padre, don Francisco Trespalacios, fallecido en 1845. En el primitivo inventario de la sucesión Trespalacios Cabrales, sólo se incluyeron dos (2) terceras partes del predio, dejando de relacionarse la tercera parte, que es ahora materia del presente inventario adicional; y los herederos de dicho causante transfirieron, a título de aporte, dicho predio a la 'Ganadería Las Cabezas', sociedad que como dueña de todo el inmueble, ha venido en posesión de él desde su fundación en mil novecientos diez y ocho (1918).

" '.....

" 'Los tres predios descritos en esta diligencia forma lo que hoy se llama 'Hacienda Las Cabezas'.

" '*Avalúo.*

" 'Acto seguido, el señor Juez requirió al perito Lara C. para que rindiera su dictamen sobre avalúo de los bienes que se acaban de inventariar, a lo que el perito dijo:

" 'Que avalúa los bienes así: La cuarta parte del predio denominado San José de Mata de Indios o La Embocada en la suma de ... ...$ 7.000.00

" 'La tercera parte de la acción denominada Santa Bárbara de Las Cabezas en la suma de 9.000.00

" 'La tercera parte de la sabana de Tamacal y sus playones contiguos y adyacentes en la suma de 9.000.00

" 'Suma ... ...$ 25.000.00

" 'Son veinticinco mil pesos moneda corriente.

" 'Se deja constancia de que no se denunció pasivo.

" 'Con lo cual se termina la presente diligencia que se firma por todos los que en ella intervienen.

" 'El Juez único del Circuito, Nicolás Alvarez Gómez. El perito avaluador, Juan M. Lara C. El apoderado, Andrés E. Altamar. El Secretario del Despacho, Emilio Caamaño.

" 'República de Colombia. Departamento del Magdalena. - Poder Judicial - Juzgado Unico del Circuito. El Banco.

" 'El Banco, doce de diciembre de mil novecientos treinta y ocho. Se solicita en escrito anterior la aprobación de los inventarios y avalúos, la posesión efectiva de la herencia y al propio tiempo la adjudicación del patrimonio de la sucesión al único interesado, que lo es la 'Ganadería de Las Cabezas', como cesionaria de los derechos de los herederos. Para resolver el Juzgado considera lo siguiente:

" 'En esta sucesión intestada del finado señor Oscar Trespalacios Cabrales se practicaron en tiempo oportuno los inventarios adicionales pedidos por el doctor Andrés E. Altamar, en su calidad de apoderado de dicha sociedad comercial; que remitido al Síndico Recaudador el expediente para liquidar el impuesto respectivo, dicho empleado lo devuelve manifestando no haber impuesto que liquidar de acuerdo con el artículo 89 de la Ley 63 de 1936, pues para la fecha de deferirse la herencia, que lo fue el 23 de diciembre de 1884 no existían impuestos nacionales sobre sucesiones; que siendo procedente la aprobación de dicho inventario por la razón ya expresada, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 757 del Código Civil, de que la posesión legal se causa en favor de los herederos, en el momento mismo de deferirse la herencia, requisito este último que hubo de cumplirse por ministerio de la ley, que no es otro que el instante mismo de la muerte del causante, hay lugar a decretar dicha posesión efectiva, mediante el lleno de las formalidades estatuídas en el artículo antes citado.

" 'Y como el único interesado que de dicha sucesión resulta hasta hoy, lo es la sociedad comercial nombrada 'Ganadería de Las Cabezas', y no habiendo, por lo mismo, partición que efectuar, es procedente adjudicar a la mencionada empresa ganadera el caudal hereditario inventariado, ya que nadie de los que forman aquella entidad mercantil ha hecho oposición a lo actuado. Por lo expuesto, este Juzgado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, Resuelve: 1º Apruébanse los inventarios efectuados en este juicio de sucesión del señor Oscar Trespalacios Cabrales; 2º Decrétase la posesión efectiva de la herencia en favor de los interesados en este juicio, mediante el lleno del requisito exigido en el artículo 757 del Código Civil; Tercero (3º). Adjudícase a la sociedad comercial nombrada 'Ganadería Las Cabezas' los inmuebles inventariados como cesionaria que es dicha empresa de los derechos de los herederos, señores Francisco Trespalacios Paz, Oscar A. Trespalacios Paz, Julia

T. de Piñeres, Concepción de Trespalacios y Juan T. de Fernández, representada esta última por sus descendientes directos, Luciano M., José Policarpo, Miguel Joaquín, José María, Fermina, María Josefa, Luisa, Vicenta y Juana Fernández, fundadores de la mencionada compañía ganadera; Cuarto (4º). Inscríbase el acta de inventarios y avalúos y la presente sentencia, por la cual se aprueban aquéllos, en el libro de causas mortuorias de la Registraduría de este Circuito, inscripción que se hará sobre este mismo expediente original, y Quinto (5º). Protocolícese el juicio en la Notaría de este Circuito, a fin de que los interesados puedan obtener las copias que estimaren convenientes. Notifíquese, cópiese y cúmplase. Nicolás Alvarez Gómez. El Secretario. Emilio Caamaño.

" 'Hoy trece de diciembre de mil novecientos treinta y ocho notifico el auto anterior al doctor Andrés E. Altamar, y firma renunciando la ejecutoria. Andrés E. Altamar. Caamaño, Srio.'.

"49. Estas diligencias, inclusive esa hijuela, fueron registradas.

"50. Muerto don Rafael M. Trespalacios Paz, le heredaron su cónyuge, doña Isabel T. de Jiménez, y sus hermanos, don Francisco Trespalacios Paz, don Oscar A. Trespalacios Paz, doña Juana Trespalacios de Fernández, doña Concepción Trespalacios de Trespalacios y doña Julia Trespalacios de Piñeres.

"51. Los derechos de la señora Isabel T. de Jiménez en la sucesión de su marido, don Rafael M. Trespalacios Paz, se transfirieron a don Francisco Trespalacios Paz, don Oscar A. Trespalacios Paz, doña Juana Trespalacios de Fernández, doña Concepción Trespalacios de Trespalacios y doña Julia Trespalacios de Piñeres.

"52. Muerta la señora Juana Trespalacios Paz de Fernández, la heredaron por partes iguales sus hijos, llamados Luciano M., José Policarpo, Miguel Joaquín, José María, Fermina, María Josefa, Luisa, Vicenta y Juana Fernández Trespalacios.

"53. Y en la situación que se deja declarada, los señores Oscar Trespalacios Paz, Francisco Trespalacios Paz, Concepción Trespalacios de Trespalacios y Julia Trespalacios de Piñeres, y todos los herederos de la señora Juana Trespalacios Paz de Fernández, que acaban de citarse, dejaron testimonio en la escritura número 31 de 26 de marzo de 1918, pasada en la Notaría de Mompós, de que, a virtud de traspasos hechos y de otras negociaciones que allí constan, de los bienes determinados en los numerales primero y segundo del parágrafo I de la parte petitoria de la presente demanda, pertenecían: a don Francisco Trespalacios Paz, una quinta parte pro indiviso; a don Oscar A. Trespalacios Paz, otra quinta parte pro indiviso; a doña Concepción Trespalacios de Trespalacios, otra quinta parte pro indiviso; a doña Julia Trespalacios de Piñeres, otra quinta parte pro indiviso; y a los citados nueve herederos de doña Juana Trespalacios de Fernández la otra quinta parte pro indiviso, en cuotas iguales de a novenos del quinto común a éstos.

"III. Transmisiones posteriores.

"54. Luego, habiendo muerto don Oscar A. Trespalacios Paz, le heredaron, por partes iguales, sus dos hijos, a saber: doña Ana Paz Trespalacios de Abello (mi poderdante) y doña María de J. Trespalacios de Osío.

"55. Habiendo fallecido la señora Julia Trespalacios Paz de Piñeres, la heredaron por sextas partes sus hijos, a saber: don Aristides Gutiérrez de Piñeres, don Juan Antonio Gutiérrez de Piñeres, don Alejandro Gutiérrez de Piñeres, don Gabriel Gutiérrez de Piñeres, doña María de la Paz Piñeres de Piñeres y doña Cristina Piñeres de Piñeres.

"56. Muerto don Francisco Trespalacios Paz, le sucedieron por séptimas partes sus hijos, a saber: doña María Josefa (o Josefina) Trespalacios Santodomingo, doña Ana Regina Trespalacios de Fernández, doña Emilia Trespalacios de Pérez, doña Isabel Trespalacios Santodomingo, doña Juana Trespalacios Santodomingo, don Rafael M. Trespalacios y doña Alicia Trespalacios de Bacci.

"57. Muerta doña Alicia Trespalacios de Bacci, la heredaron, por terceras partes, sus tres hijas, a saber: doña Ruby Bacci de Zuluaga, doña Edith Bacci y doña Alicia M. Bacci.

"58. Muerta doña Concepción Trespalacios de Trespalacios, la heredaron, por terceras partes, sus tres hijos, a saber: doña Ana Raquel Trespalacios Trespalacios, doña Rebeca Trespalacios Trespalacios y don José Manuel Trespalacios.

"(D). *Títulos actuales.*

"59. Por la escritura otorgada en la Notaría de Mompós el 31 de diciembre de 1942 y marcada con el número 185, sobre liquidación de la sociedad que había girado en esa plaza con la razón social de 'Ganadería Las Cabezas', y sobre repartición de los bienes de la misma, se partieron los bienes descritos en los numerales primero y

tercero del parágrafo I de la parte petitoria de la presente demanda, adjudicándose:

"(A). A doña Ana Paz Trespalacios de Abello (mi poderdante) la mitad de la quinta parte de ellos, y a doña María de J. Trespalacios de Osío la otra mitad de esta quinta parte.

"(B). A don Aristides Gutiérrez de Piñeres, a don Juan Antonio Gutiérrez de Piñeres, a don Alejandro Gutiérrez de Piñeres, a don Gabriel Gutiérrez de Piñeres, a doña Cristina Piñeres de Piñeres (mis poderdantes) y a doña María de la Paz Piñeres de Piñeres, por sextas partes, un quinto de tales bienes.

"(C). A doña Josefina (o María Josefa) Trespalacios Santodomingo (mi poderdante) dos octavos de un quinto de los propios bienes; a doña Ana Regina Trespalacios de Fernández, a doña Emilia Trespalacios de Pérez, a doña Isabel Trespalacios Santodomingo, a doña Juana Trespalacios Santodomingo y a don Rafael M. Trespalacios (mis poderdantes) sendos octavos de un quinto de esos mismos bienes; y a doña Ruby Bacci de Zuluaga, doña Edith Bacci y doña Alicia M. Bacci (mis poderdantes) sendos tercios del otro octavo de quinta parte de tales bienes.

"(D). A don Luciano M. Fernández Trespalacios, a doña Fermina Fernández Trespalacios, a doña María J. Fernández Trespalacios, a doña Luisa Fernández Trespalacios, a doña Vicenta Fernández Trespalacios, a doña Juana Fernández Trespalacios (mis poderdantes) y al doctor Miguel J. Fernández Trespalacios sendos séptimos de un quinto de esos mismos bienes.

"(E). Y a doña Ana Raquel Trespalacios Trespalacios, a doña Rebeca Trespalacios Trespalacios y a don José Manuel Trespalacios (mis poderdantes), por terceras partes, el otro quinto de los propios bienes.

"60. Muerta la señora María de J. Trespalacios de Osío, la heredaron sus tres hijos, a saber: don Alejandro Osío Trespalacios, doña Josefina Osío de Gutiérrez de Piñeres y doña Elvira Osío de Eckardt.

"61. Y en la partición de los bienes relictos de la señora María de J. Trespalacios de Osío se adjudicaron a dichos don Alejandro Osío Trespalacios, doña Josefina Osío de Gutiérrez de Piñeres y doña Elvira Osío de Eckardt (mis poderdantes) sendos tercios de la mitad de la quinta parte de los bienes determinados en los numerales primero y tercero del parágrafo I de la presente demanda (la cual mitad de quinto se había adjudicado a la causante, como se ha visto, en la partición de los bienes de la sociedad llamada 'Ganadería Las Cabezas').

"62. Muerta doña María de la Paz Piñeres de Piñeres, la heredaron: su marido, don Guillermo Piñeres, en cuanto a la mitad; y sus cinco hermanos —don Aristides Gutiérrez de Piñeres, don Juan Antonio Gutiérrez de Piñeres, don Alejandro Gutiérrez de Piñeres, don Gabriel Gutiérrez de Piñeres y doña Cristina Piñeres de Piñeres—, por partes iguales de a quintos, en cuanto a la otra mitad.

"63. Don Aristides Gutiérrez de Piñeres, don Juan Antonio Gutiérrez de Piñeres, don Alejandro Gutiérrez de Piñeres, don Gabriel Gutiérrez de Piñeres y doña Cristina Piñeres de Piñeres cedieron sus derechos hereditarios en la sucesión de la señora María de la Paz Piñeres de Piñeres a don Guillermo Piñeres.

"64. Y en la partición de los bienes relictos de la señora María de la Paz Piñeres de Piñeres se adjudicó a don Guillermo Piñeres (mi poderdante) la sexta parte de un quinto de los bienes determinados en los numerales primero y tercero del parágrafo I de la parte petitoria de la presente demanda (la cual sexta parte de quinto se había adjudicado a la causante, como se ha visto, en la partición de los bienes de la sociedad denominada 'Ganadería Las Cabezas').

"65. Por muerte del doctor Miguel J. Fernández, el haber de la sociedad conyugal que había existido entre éste y su cónyuge —doña Rosa Amelia Gutiérrez de Piñeres viuda de Fernández—, correspondió a ésta y a los herederos del primero, sus dos hijos —don Miguel Joaquín y doña Rosa Amelia Fernández Piñeres—.

"66. Y así, en la partición de los bienes relictos del propio doctor Miguel J. Fernández se adjudicaron a doña Rosa Amelia Gutiérrez de Piñeres de Fernández, a don Miguel Joaquín Fernández Piñeres y a doña Rosa Amelia Fernández Piñeres (a quienes represento) sendos tercios de la séptima parte de un quinto de los bienes determinados en los numerales primero y tercero del parágrafo I de la parte petitoria de esta demanda (la cual sexta parte de quinto se había adjudicado al causante en la división de los bienes de la sociedad que giró con el nombre de 'Ganadería Las Cabezas').

"67. Finalmente, por la escritura número 1917 de 14 de diciembre de 1950, otorgada en la Notaría Tercera de Barranquilla —mediante la cual se liquidó la sociedad conyugal existente entre los cónyuges Juan Antonio Gutiérrez de

Piñeres y Josefina Osío de Gutiérrez de Piñeres—, se adjudicaron a la señora Josefina Osío de Gutiérrez de Piñeres, de las tierras determinadas en los numerales primero y tercero del parágrafo I de la parte petitoria de esta demanda, los dos treinta avos ($^2/_{30}$) —o tercio de mitad de quinta parte y sexta parte de quinto— que se habían adjudicado a dicha señora y al señor Juan Antonio Gutiérrez de Piñeres al efectuarse la distribución de los bienes de la compañía que giró con el nombre de 'Ganadería Las Cabezas' ".

De esta demanda se dio traslado al señor Procurador Delegado en lo Civil, quien la contestó así, en lo substancial: " (...) En cuanto a las declaraciones impetradas, manifiesto, en ejercicio de mi condición ya expuesta, que me atengo a la eficacia de las pruebas acompañadas al libelo, y de las que se produzcan posteriormente por el actor. Por lo pronto, niego el derecho invocado".

Del término probatorio sólo hizo uso la parte demandante, quien solicitó oportunamente e hizo practicar las que obran en los respectivos cuadernos del expediente.

II. *Las alegaciones de las partes.*

1) Del actor.

Tras un muy detenido estudio de la tradición de los inmuebles que son objeto de la demanda, el señor apoderado de la parte actora expresa las siguientes consideraciones que la Sala estima conveniente transcribir:

"En fallo de 20 de noviembre de 1945 (G. J. Nos. 2025, 2026 y 2027-bis, t. LIX, 1171), la Sala estimó que era inadmisible la demanda que, sin haber formulado tercero propuesta de contrato sobre explotación del petróleo, promovió la Texas Petroleum Company contra la Nación para que, previa la tramitación de juicio ordinario, se declarase pertenecerle terrenos petrolíferos. No sigo la doctrina consignada por la Corte en ese fallo, por motivos que no son para ser considerados en este lugar; pero he de notar que la argumentación allí contenida concierne al caso de que, vencido el plazo en que ha podido hacerse oposición a que el Estado contrate con el proponente, el presunto dueño del terreno demande a la Nación para que se le tenga como propietario del petróleo existente en su heredad, quien sólo tiene que 'demandar en juicio ordinario a la Nación, ante el poder judicial', en cuanto a la propiedad del petróleo, porque el artículo 4º de la Ley 37 de 1931 reza:

" 'Los derechos de los particulares sobre el petróleo de propiedad privada serán reconocidos y respetados como lo establece la Constitución, y el Estado no intervendrá con respecto a ellos en forma que menoscabe tales derechos'.

"Tal argumentación es, en efecto, resumidamente la de que, siendo admisible la demanda conducente a que se reconociese la propiedad particular del petróleo al dueño del terreno, y que se hubiese promovido sin haberse admitido la propuesta formulada por tercero, se prescindiría de 'la actuación administrativa inicial', suplantándose el demandante a la 'reglamentación jurisdiccional y procesal de la Ley 160 de 1936', y dejaría de atenderse a que el seguimiento del juicio breve y sumario consiguiente a la oposición era 'necesidad ineludible para los efectos de la ley del petróleo', como determinada por razón de orden público.

"Lo último, al tener que tramitarse el juicio breve y sumario si el presunto dueño del terreno se opone oportunamente a la celebración del contrato, nada tiene que ver con el caso de que éste haya dejado de hacerlo en tiempo como es obvio; y lo primero, el omitirse la 'actuación administrativa', tampoco, puesto que al juicio ordinario de que trata el artículo 5º de la Ley 160 de 1936, ha precedido tal 'actuación administrativa inicial', por obra de la cual se ha abierto el camino la oposición, o, no haciéndose ésta, al juicio ordinario; que es, según el artículo 734 del Código Judicial, la vía procedimental que 'se sigue para ventilar y decidir cualquier controversia judicial cuando la ley no dispone que se observen trámites especiales o no autorice un procedimiento sumario'. A la verdad, ni aun no siendo ello patente sino oscuro tendría cabida el criterio estrecho de limitar la acción del propietario a la extensión cuyo petróleo fue objeto de la propuesta, que no es de pensar que el legislador, lejos de proteger al dueño, se proponga gravarlo en foma tal que los ingentes gastos que exige un pleito sobre propiedad petrolífica se cuadrupliquen por el hecho de que alguna compañía incluya un rincón del terreno en la primera propuesta y otros tres rincones del mismo en las propuestas que vayan haciéndose, por conducto de sus filiales, una en pos de otra (...)".

2) Del opositor.

Por su parte, el señor Procurador Delegado en lo Civil, tras extenso examen de las piezas que obran en el proceso, llega a las siguientes conclusiones:

"Como pudo observarse a través del presente alegato de conclusión, se ha encontrado que los títulos originarios, emanados del Estado, y que se relacionan con 'Mata de Indios', 'Remanganaguas', 'Cardonal de Cuatro Botijas', 'Mata Redonda', 'Paso del Adelantado' y 'Tamacal', se encuentran expedidos de conformidad con el lleno de todas las exigencias requeridas por la Corona para su entera validez.

"Así debe reconocerlo este Despacho una vez que se ha hecho el análisis minucioso de estos títulos, cuya documentación se ha presentado de manera acuciosa por el señor apoderado de la parte actora.

"Sin embargo, se observa que en lo relacionado con las tierras correspondienes a 'Mata de Indios', y en particular sobre los documentos en que deben constar los requisitos *sine qua non* para la validez del título no se halló el referente a la posesión, como pudo anotarse de manera muy amplia en el estudio y análisis del título correspondiente a estas tierras de 'Mata de Indios'.

"A este estudio se remite este despacho para que se tenga en cuenta en el fallo definitivo, que ha de pronunciar la honorable Corte Suprema de Justicia, a menos que se acepte la prescripción extraordinaria como consecuencia de la explotación económica de dichas tierras, según el estudio que sobre la materia se ha hecho en el presente alegato.

"Por otra parte, los señores peritos han especificado en su dictamen pericial determinadas áreas de los terrenos y los han identificado con las restricciones estudiadas.

"En esta virtud, la prueba pericial debe ser acogida con dichas restricciones por la honorable Corte Suprema de Justicia.

"En fin, y al hablarse de la superposición de áreas entre las señaladas en la propuesta de contrato, el título proveniente del Estado y la de los terrenos en cuyo subsuelo se alega propiedad privada del petróleo, se encuentra una diferencia anotada por los peritos en cuanto al globo de 'Mata Redonda', globo que no está incluído totalmente sino en parte en la propuesta número 440, formulada por el señor Walter K. Link, y de que se ha venido tratando en este negocio".

III. *Consideraciones de la Corte.*

1. En materia de propiedad privada de hidrocarburos y de oposición a la propuesta de contrato para su exploración y explotación, la acción supone, según reiterada afirmación de esta Sala: a) Que los respectivos yacimientos hayan salido del patrimonio público en virtud de un título jurídico o modo de adquirir el dominio, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, fecha en que entró en vigencia el Código Fiscal que los reservó para el Estado; b) Que habiendo salido del patrimonio nacional en la forma indicada, no han revertido a él por nulidad, caducidad, resolución de la adjudicación o cesión, o por cualquiera otra causa; c) Que el predio donde se encuentran o se supone que existen es el mismo singularizado en la demanda; d) Que ese predio es asimismo el enajenado por el Estado, o de él forma parte total o parcialmente; e) Que las aludidas áreas territoriales corresponden a una realidad topográfica y geográfica, es decir, que son identificables sobre el terreno; f) Que además están comprendidas total o parcialmente en el perímetro de la propuesta de contrato, o sea, que el área de esa propuesta se superpone total o parcialmente a ellas, y g) Que el demandante es dueño actual del inmueble donde se supone la existencia de hidrocarburos.

2. Este supuesto fáctico, que se infiere de la naturaleza de la acción y de las normas que en el Código de Petróleos reglamentan su ejercicio, obliga al demandante a demostrar con medios idóneos: 1º La salida del inmueble del dominio de la Nación antes de la reserva de 1873; 2º La realidad geográfica y topográfica de los terrenos donde se ubican los hidrocarburos y de los globos de tierras que fueron objeto de enajenación por el Estado, para establecer, mediante su identificación, que la descripción que de ellos se hace en el libelo corresponde a aquella realidad; 3º La superposición del área de la propuesta a la del predio de cuyos petróleos subyacentes se solicita la declaración de propiedad particular, y 4º La propiedad actual del demandante sobre este último inmueble.

1) Títulos emanados del Estado.

3. Para acreditar que los globos de tierras descritos en la demanda salieron del dominio público con anterioridad al 28 de octubre de 1873, la parte actora trajo a los autos numerosos documentos relativos a las porciones territoriales que más adelante se expresan, los cuales habrán de examinarse conforme a los siguientes principios.

4. En armonía con el artículo 188 de la Constitución de 1821, consumada la independencia de la metrópoli de los territorios que integraban el Nuevo Reino de Granada, continuaron "en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa

o indirectamente no se opongan a esta Constitución ni a los decretos y las leyes que expidiere el Congreso''; y el artículo 1º de la Ley de 13 de mayo de 1826 señaló el orden de prelación de las leyes en la forma siguiente: ''1º Las decretadas o que en lo sucesivo decretare el Poder Legislativo. 2º Las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos y ordenanzas del Gobierno español, sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808, que estaban en observancia bajo el mismo Gobierno español en el territorio que forma la República. 3º Las leyes de la Recopilación de Indias. 4º Las de la Nueva Recopilación de Castilla, y 5º Las de las Siete Partidas''. Así, no obstante la terminación del dominio español en los territorios que hoy forman la República de Colombia, las leyes de España no dejaron completamente de regir en ellos sino cuando vino a abolirlas el artículo 15 de la Ley 153 de 1887; y aun hoy no puede dejar de aplicárselas respecto de actos perfeccionados o cumplidos durante su vigencia y conforme a sus disposiciones, si se quiere preservar derechos adquiridos o situaciones jurídicas creadas de acuerdo con ellas; lo que, por lo demás, se ciñe al precepto del inciso segundo *in fine* del artículo 2683 del Código Civil, que dice: ''(...) pero las controversias y los pleitos sobre actos, derechos, obligaciones y contratos anteriores a la publicación del presente código, se decidirán con arreglo a las leyes sustantivas que estaban vigentes cuando se ejecutó el acto, se adquirió el derecho, se contrajo la obligación o se celebró el contrato''.

5. De las distintas clases de instrumentos públicos que reconocían las leyes de España enseña la *Curia Filípica:*

''En tres géneros se divide el instrumento: *Registro, Original* y *Traslado:* Registro es la escritura matriz que se otorga y queda en poder del Escribano, y cuya introducción y uso es para estar en guarda, por forma de que se saque y transcriba el Original, y determinen por ella las dudas que en él se ofrecieren, según unas leyes de Partidas y Recopilación (...). La escritura que se saca de su matriz es el original que hace fe, siendo autorizada del Escribano ante quien pasó, y no por otro, aunque sean ciento, si no es con autoridad del Juez y citación de Parte; y procede aunque sea el sucesor en el oficio del ante quien pasó y su heredero, salvo si le fueren entregados los papeles, registro y protocolos del anterior por autoridad del Juez competente, que entonces los puede autorizar sin ella, ni citación de Parte, como consta de una ley de la Recopilación (...), aunque no hará fe (si no se comprueba) si el registro, por lo menos y al fin de él, no está signado siendo del Escribano ante quien pasó, ni consta de ello en la Escritura, como parece por otra ley de la Recopilación. De este original se saca el *traslado,* el cual no hace fe, si no se saca con autoridad de Juez y citación de Parte, según una ley de Partida y su glosa de Gregorio López, salvo sacándole el Escribano ante quien pasó, pues tanto es como si se sacara del registro (...)''. *(Cur. Filip., t. I, 2ª, 17, 31).*

El llamado original era, pues, una copia, la que se tomaba del registro o matriz y se entregaba a la parte, autorizada por el escribano ante quien había sido otorgado el instrumento o que tenía la custodia del respectivo protocolo; y el traslado, también conocido por ejemplar, trasunto o testimonio por concuerda, la que se sacaba por exhibición del original y autorizaba el escribano, que daba fe de su concordancia con ella, de donde el nombre de testimonio por concuerda porque el funcionario lo daba respecto de dicha concordancia. Ambos instrumentos valían en juicio con igual mérito como lo indica Hevia Bolaños, y resulta de la *Ley 114. tit. 18, Part. 3ª;* pero si el traslado se tomaba por escribano distinto del ante quien se había pasado el instrumento, era menester comprobarlo con el original *(Ley 114 cit.)* o expedirlo por orden judicial con citación de parte contraria *(nov. Recop., lib. 10, tit. 23, Ley 11).* Y asimismo afirma don Eugenio de Tapia que ''hace fe el traslado antiguo, aunque sea sacado sin la solemnidad referida (autorización judicial con citación de parte), cuando a virtud y a consecuencia de él se ha dado posesión del derecho pretendido al que lo presenta, o a la persona cuya causa trae, en cuyo caso basta el transcurso de treinta años'' *(Feb., Nov., t. IV, lib. II, cap. X, núm. 85).*

Respecto de las cartas de merced o privilegio, las que de ordinario se entregaban a aquel en cuyo favor eran otorgadas, cabe anotar que debían ser creídas en juicio en todo caso, lo mismo que sus traslados, aun que no se hubiesen cotejado con el original, cuandoquiera que se presentaban ''con sello de rey o de otro señor que debiese ser creído et fuese sin sospecha'' *(Part. 3ª, tít. 18, Ley 114).*

6. Conocido lo cual es el caso de volver a los instrumentos invocados por la parte actora para acreditar mercedes de realengos.

(A) Santa Bárbara de las Cabezas. Corresponde este inmueble al que con el nombre ''Paso del Adelantado'' se describe en la escritura pública número 74, otorgada en la Notaría de Mom-

pós el 2 de agosto de 1919, por la cual el señor Francisco Trespalacios Paz protocolizó una "copia auténtica de la Cédula Real que sirve de título a los terrenos denominados 'Tamacal' y 'Paso del Adelantado', compulsada el 23 de diciembre de 1845 por el escribano público Emigdio Surmay, y en la otorgada el 9 de diciembre de 1778 en el mismo lugar, ante el escribano don José Rodríguez Molano, por don José Fernando de Mier para imponer vinculación a las tierras de 'Paso del Adelantado' ".

7. La Real Cédula a que se refieren aquellos instrumentos fue expedida en Aranjuez el 11 de mayo de 1749, y por ella se aprobó y confirmó la compra en remate que de estas tierras hizo don Julián de Trespalacios y Mier el 26 de noviembre de 1744, otorgándosele el respectivo título. El rescripto es de los llamados específicos o de ciencia cierta, puesto que fue dado con conocimiento de causa, previo examen de toda la actuación cumplida como presupuesto de la confirmación.

8. Los documentos, que aparecen protocolizados o de los cuales se da testimonio por concuerda, y que además de leerse en las escrituras públicas de que se hace mérito, fueron examinados en la inspección ocular practicada en la Notaría de Mompós el 3 de marzo de 1953, con intervención de peritos, por el Juez Promiscuo del nombrado Circuito, en comisión de esta Sala para ese efecto, habiéndose tomado de ellos copia en la expresada diligencia, dan razón de que el Maestre de Campo don Julián de Trespalacios y Mier compró en remate, el 26 de noviembre de 1744, ante el Teniente de Gobernador y Juez de Cobranzas Reales, don Francisco del Campo, comisionado por el Virrey para la venta, composición y arrendamiento de tierras realengas del Valle de Upar y Pueblo Nuevo de Jesús, un globo de terreno en el sitio denominado "Paso del Adelantado", al cual habíasele fijado el precio de ciento setenta pesos en la diligencia de avalúo, terminadas como se hallaban todas las formalidades previas a la subasta; que el 27 de los expresados mes y año, pagado como ya había sido a las Reales Cajas el precio del remate, el mismo Teniente de Gobernador dio al comprador posesión de dicho globo de terreno, previo su deslinde y amojonamiento por los siguientes linderos: "Desde las márjenes de la boca de Iguana, caño aguas arriba por el playón de Jazmín y Puerto de Rafaela, hasta encontrar en la ciénaga del Burro, y de ésta por el caño de Arremanga-Naguas, y de éste en derechura hasta la Mano de Pueblo Nuevo, y asimismo buscando la de Gallina, y de allí hasta encontrar con el caño de Cuatro Botijas, lindero de las tierras de Juan Agustín Moreno, y de éste, aguas abajo, hasta encontrar con la sabana de San Cayetano, y bajando de ésta a otra que llaman las Once Reses, inclusive ésta y la de Espíritu Santo, por el paraje que llaman Munjía, y el que sigue nombrado Santo, y contando de éste por la boca del Tonto hasta encontrar con las orillas del río de Ariguaní, y de éste, aguas abajo, hasta encontrar con el río Cesar, donde se desagua, y es donde se cierra todo el globo de la tierra de la postura"; que el 25 de agosto de 1746 el Virrey del Nuevo Reino de Granada y Presidente de la Real Audiencia de Santafé, don Sebastián de Eslava, aprobó el remate y expidió el título correspondiente a don Julián de Trespalacios y Mier, a reserva de entregar treinta pesos más y de "ocurrir por la real confirmación de Su Majestad dentro del término ordinario con testimonio de las diligencias practicadas sobre su venta, y de este título y de la certificación que se le diere de los treinta pesos por los oficios reales de la Caja de Santa Marta"; que satisfecho el pago de estos treinta pesos y de cien más por saneamiento del título expedido por el Virrey y derecho de media anata, el Rey vino en aprobar y confirmar la venta, y ordenó que de ella se tomase razón en la Contaduría General de Valores de la Real Hacienda y en la del Consejo de Indias, a fin de que por ellas se declarase "quedar satisfecho o asegurado lo correspondiente al derecho de media anata por servicio de los cien pesos fuertes que como queda dicho ha hecho el referido don Julián de Trespalacios", lo cual se hizo.

En el título expedido por el Virrey Eslava se reproducen el decreto en que se ordenó el remate de las tierras de "Paso del Adelantado", las constancias de haberse llevado a cabo el avalúo, los pregones y demás diligencias del remate, el acta de la subasta y la diligencia de deslinde, amojonamiento y posesión, etc., documentos a que hace referencia la Real Cédula de confirmación expedida en Aranjuez, lo mismo que al pago de las sumas que habían de enterarse a la Caja Real.

9. Las tierras por este rescripto mercedadas fueron vinculadas al mayorazgo de Santa Coa por don José Fernando de Mier, en cumplimiento de disposición testamentaria del primer marqués de aquel título, don Juan Bautista de Mier, por medio de escritura pública otorgada ante el escribano real, don José Rodríguez Molano, el 9 de diciembre de 1778, en la Villa de Mompós.

En este instrumento se transcribió el expediente que para hacer la expresada vinculación formó el Juez comisionado, don Domingo Rivero, y entre las piezas insertas aparece la copia de aquel título, compulsada por orden de dicho Juez.

La copia que de la escritura de fundación del mayorazgo figura en los autos no fue la original expedida en 1778 por el escribano Rodríguez Molano, pero sí un trasunto de ésta hecho en 1803 por el escribano Esmaragdo Tavera, a solicitud de interesado, con autorización judicial, citación de parte y certificación de que "concuerda con la escritura que se halla presentada en la escribanía de mi cargo". Por tratarse de un traslado del original, compulsado por escribano público con las formalidades y precauciones requeridas, el mencionado instrumento prueba la vinculación de las tierras de Paso del Adelantado al mayorazgo de Santa Coa, y también, a tenor del literal a) *in fine* del artículo 7º de la Ley 160 de 1936, la expedición o existencia de la Real Cédula de 11 de mayo de 1749, que sirve de título de propiedad de tales tierras, pues que este rescripto no sólo es mencionado sino que aparece transcrito en el expediente formado por autoridad judicial para constituír el mayorazgo, y forma parte de ese expediente, mayormente cuanto que a la fundación del mayorazgo y a la vinculación a él y al título de Santa Coa de Paso del Adelantado precedió real provisión de facultad dada por la Real Audiencia de Santafé.

Item más: la expedición o existencia de dicha Real Cédula se encuentra asimismo demostrada, aparte otros documentos de origen oficial que sobra mencionar, con la copia que a instancia de esta Corte compulsó el Archivo General de Simancas el 11 de noviembre de 1953, cuyo tenor es el siguiente:

"Archivo General de Simancas. Dirección General del Tesoro. Inv. 24, legajo 182, fol. 370. Don Julián de Trespalacios. Traslado del despacho concediendo confirmación de las tierras que en jurisdicción de Paso del Adelantado se remataron en las del Pueblo Nuevo en el dicho D. Julián. El Rey. Por quanto por parte del Marqués de Campo D. Julián de Trespalacios, vecino de la Villa de Mompox, en la provincia de Santa Marta, se ha presentado un testimonio de autos en que consta que habiéndose procedido por D. Francisco del Campo, theniente de governador y corregidor del Valle de Upar en virtud de comisión de mi Virrey en Santa Fe, a las diligencias de pregones, abalúo, deslinde y remate de las tierras del Paso del Adelantado y rematádose con las del Pueblo Nuevo en precio de ciento setenta pesos, bajo los términos y linderos expresados en dicho remate, se le dio posesión de ellas sin perjuicio de tercero, y que habiendo ocurrido por su aprovación a el efecto referedo, mi Virrey se la dio con la calidad de que aumentase treinta pesos más hasta el cumplimiento de docientos que no pudiese enagenarlas de modo que pasasen a iglesias, monasterios ni personas eclesiásticas (como está prevenido por real cedula del año de mil quinientos treinta y cinco), y que tampoco pudiese tener más que tres hatos de ganado con diez mil cabezas y sus respectivos asientos, y que haviendo enterado los expresados docientos pesos se le despachó título de propiedad en forma de las nominadas tierras por el mencionado mi Virrey en veinte y cinco de agosto de mil setecientos quarenta y seis, suplicando le mande despachar real confirmación de él, y haviéndolo visto el Marqués de la Regalía de mi Consejo y Cámara de Indias, y Juez privativo de ventas y composiciones de tierras con el testimonio citado, y consultádome sobre ello en veinte y seis de marzo de este presente año, ha venido en conceder la expresada confirmación haviéndome servido nuevamente el dicho Maestre de Campo don Julián de Trespalacios con cien pesos fuertes más, que por su parte se han entregado a mi thesorería general por la gracia que le he dispensado en suplir el defecto de haverse procedido de horden de mi Virrey, y sin facultad alguna a la conformación de dichos autos por ser privativo el conocimiento en esta expedición de negocios del Superintendente General que tengo nombrado en esta Corte y sus subdelegados en esos reynos. Por lo tanto, por el presente confirmo y apruebo el remate hecho de dichas tierras en el referido don Julián de Trespalacios y el título que de ellas le expidió el mencionado mi Virrey del Nuevo Reyno de Granada, con la precisa condición de que se entiende, sin perjuicio de naturales ni de otro tercero, y mando al dicho mi Virrey y Audiencia de la ciudad de Santa Fe, governadores, corregidores y jueces subdelegados de ventas y composiciones de tierras no le pongan ni conscientan poner embarazo ni contradición alguna, ni que se le inquiete en la posesión ni propiedad de las expresadas, y que le guarden y cumplan en todo y por lo que en esta mi real cédula se contiene sin que contra su thenor y forma se vaya ni pase, ni consientan ir y ni pasar en manera alguna que así es mi voluntad, y de la presente se tomará razón en la Contaduría General de Valores de la Real Hacienda y en la de mi Consejo de las Indias, dentro de dos meses de su data, declarándose

por aquéllas quedar satisfecho o asegurado, lo correspondiente al derecho de media anata por el servicio de los cien pesos fuertes que (como queda dicho) me ha hecho el referido don Julián por la mencionada gracia, sin cuya formalidad quiero que sea ésta nula. Dada en Aranjuez a once de mayo de mil setecientos quarenta y nueve. Yo el Rey. Por mandato del Rey Nuestro Señor D. Joachín Joseph Vásquez y Morales".

"Tomose razón en la contaduría general de valores de la real hacienda, en la que consta a pliegos dos y tres de la Comisaría de Indias de este año, haverse pagado al derecho de la media anata. 5.100 maravedís de Vellón, los 3.400 maravedís de ellos por los docientos pesos del precio principal en que se remataron las tierras que se refieren en esta cédula; y los 1.700 maravedís restantes por el nuevo servicio que se ha hecho de cien pesos fuertes por la confirmación de ellas. Madrid, 3 de junio de 1749. D. Antonio López Salces. Es traslado del original". (Rubricado). "Es copia. Simancas, 11 de noviembre de 1953. El Director del Archivo, Ricardo Magdaleno".

Concurre esta copia a establecer la existencia cierta del título de propiedad que fue tenido en cuenta para imponer a las tierras de Paso del Adelantado vinculación al mayorazgo de Santa Coa, porque, a más de tratarse de copia auténtica de traslado antiguo relativo a tierras de las cuales estuvieron en posesión don Julián de Trespalacios y sus sucesores, en virtud de aquel título, como lo acreditan los mismos inventarios practicados para hacer su vinculación, dada por quien tiene a su cuidado el archivo correspondiente, coinciden exactamente con la inserta en el expediente de fundación del mayorazgo y con las diligencias ordenadas y cumplidas por el Virrey Eslava, a que hace referencia, y de que dan noticia minuciosa aquel expediente y los documentos llevados al protocolo de la Notaría de Mompós a instancia de don Francisco de Trespalacios Paz en 1919, en copia compulsada del trasunto hecho por el escribano Emigdio Surmay de los originales existentes en poder del albacea testamentario de don Francisco Trespalacios.

La Sala omite, por innecesario, entrar en el examen de otras pruebas invocadas por los demandantes sobre el mismo tema.

(B) San José de Mata de Indios o la Embocada. El globo general así llamado está compuesto de los que se singularizan en los siguientes literales: a), b) y c), y, en parte, del a que se refiere el literal d), según el dictamen de los peritos que intervinieron en la diligencia de inspección ocular realizada por el Tribunal Superior de Santa Marta, por comisión de esta Sala, en los días 21 y siguientes del mes de abril de 1953.

10. a) *Mata Redonda.* Por escritura pública número 52 de 6 de mayo de 1957, el señor José María Fernández Trespalacios protocolizó en la Notaría de Mompós documentos que dijo ser "los títulos correspondientes a los hatos nombrados 'Mata Redonda', 'El Cardonal' y 'Mata de Indios', partes integrantes de la hacienda denominada 'San José de Mata de Indios', ubicada en el Corregimiento de El Paso, Departamento del Magdalena". Entre ellos se cuentan: 1) El título expedido por el Virrey del Nuevo Reino de Granada y Presidente de la Real Audiencia de Santafé, don Sebastián de Eslava, el 26 de agosto de 1746, en favor de Juan Agustín Moreno, en el cual aparecen los siguientes insertos: el acta del remate de unas tierras realengas en el sitio del Paso del Adelantado, efectuado por el mencionado Juan Agustín Moreno el 27 de marzo de 1744, ante el Teniente de Gobernador y Justicia Mayor del Valle de Upar, don Francisco del Campo; la mención de haberse cumplido con todas las formalidades propias del remate, como el avalúo, los pregones, etc.; el acta de la diligencia, verificada el 28 de marzo de 1744, de deslinde y amojonamiento, y de la posesión que del predio se dio a Moreno por los siguientes linderos: "Desde las orillas del sanjón o caño que llaman del Rodeo de las Yeguas, por el lado de arriva, desde el paraje que llaman Mata Redonda hasta donde dho. sanjón desagua en el caño de este sitio del Paso; y de él, aguas arriva, hasta el zerrito que llaman de la Cruz, y atravesando desde él, las savanas por el paraje nombrado Majagua, que está sobre el caño llamado del Diablito, hasta donde confina con la savana de Mata de los Yindios; y siguiendo por esta línea para abajo, en derechura hasta encontrar con la expresada Mata Redonda, o caño del Rodeo de las Yeguas, por el lado de arriva, en todas las dihas. tierras y que se comprehenden bajo los dhos. linderos"; la aprobación impartida al remate por el Virrey Eslava el 4 de diciembre de 1745 y la orden de expedir el correspondiente título. 2) La Real Cédula dada en Aranjuez el 19 de junio de 1751, por la que el Rey confirma el remate y declara haberse realizado con todas las formalidades necesarias, previo examen de las diligencias cumplidas en su tramitación. 3) Las constancias de haberse pagado el precio, el derecho de media anata y el cobrado por saneamiento del título.

11. El documento que, concerniendo a Mata Redonda, se protocolizó por instrumento público número 52 de 1937, en la Notaría de Mompós, fue la escritura otorgada el 23 de noviembre de 1783, por la cual Julián José Lenguas, en representación de Bartolomé Moreno, vendió unas tierras en el Paso del Adelantado a don Pedro del Campo, para su esposa, doña Joaquina Ribón, y su hijo, don José Ignacio del Campo, en la que se tomó copia de los documentos a que se refiere la siguiente constancia dejada por el escribano ante quien se pasó el instrumento, don Gervasio Antonio Muñoz: "Y para que siempre conste de los justos títulos de la propiedad del vendedor de dhas. tierras y de los linderos en ellos especificados, hacía e hizo para que a la letra se inserten exivición del que le fue librado por el Excmo señor D. Sebastián de Eslava, Virrey que fue de este Reino. De la Real Zédula confirmatoria de dicho título con sus refrendadas, y siguiente certificación del entero por ellas hecho. Igualmente del título original, y confirmación del señor Gobernador y Junta de Real Hazienda de Santa Marta del referido medio asiento de hato a favor de Lucas Domingo Moreno, subsiguiente certificación de su venta y de la mitad de las confirmadas por Su Magestad al padre de su parte, que había tocado en legítima al dho. don Lucas"; certificación que más adelante, al terminar la transcripción, complementa así el mismo escribano: "Todo lo cual está conforme con sus originales, a que me remito, en poder ahora del dho. otorgante Julián Lenguas, a quien los devolví". Tomada así de la fuente, por exhibición hecha ante el escribano Muñoz de los documentos originales expedidos y entregados a Juan Agustín Moreno, la copia recogida en la escritura de 1783, agregada al protocolo mediante el instrumento 52 de 1937 que obra en autos, y que fue examinado por el Juez Promiscuo del Circuito de Mompós, en comisión de la Corte dentro de este juicio, en diligencia de inspección ocular practicada en el mencionado protocolo el 3 de marzo de 1953, tiene el valor de prueba completa que se opone a la copia original, o sea a la sacada directamente de la matriz o registro, o lo que es lo mismo, de la fuente.

12. b) *Cardonal de Cuatro Botijas.* El mismo valor tiene el título relativo al globo de tierras que se acaba de mencionar, inserto, como el anterior, en la escritura pasada ante el escribano Gervasio Antonio Muñoz el 23 de noviembre de 1783, en copia tomada por éste mediante exhibición de los originales, conforme al segundo de los atestados a que ya se ha hecho referencia, y cuyo examen se hizo en la inspección ocular realizada por el Juez Promiscuo de Mompós; copia original protocolizada en la Notaría de este Circuito, como ya se dijo, por la escritura pública número 52 de 1937, que obra asimismo en autos.

13. Da razón este título: a) De que el 23 de marzo de 1763 Lucas Domingo Moreno compró en remate, ante el Juez Subdelegado de Tierras, don Manuel José Campuzano, en representación del Virrey Solís, las tierras del Cardonal, dándose cuenta en el acta respectiva de hallarse ya medidas y amojonadas, y de haberse cumplido todos los requisitos para el remate, entre ellos el avalúo; b) De que el Contador Oficial de la Real Hacienda dio concepto favorable a la confirmación de esa venta; c) De haberse pagado el precio y demás derechos y servicios, entre ellos el de media anata, según certificación contenida en el mismo título; d) De que en la fecha ya indicada don Andrés Pérez Ruiz Calderón, Capitán Comandante de la plaza de Santa Marta y Gobernador interino en representación del Virrey, y don Pedro Alvarez y Loya, Tesorero de la Real Hacienda, aprobaron y confirmaron la venta y ordenaron la expedición del respectivo título, y e) Que el 19 de noviembre de 1763 el Alcalde Ordinario de Nueva Valencia de Jesús, don José Blanco de Dueñas, dio posesión a Lucas Domingo Moreno de las expresadas tierras de El Cardonal de Cuatro Botijas, por los siguientes linderos: "Desde él (El Cardonal) hasta la cabezera del caño de Cuatro Botijas, de donde tirando hacia el rodeo de la Mata de la Lata se termina al del caño de las Yeguas, y siguiendo al lindero de Mata Redonda, que está en el rodeo de el caño de las Yeguas, se gira al desaguadero de el caño de el Paso, aguas abajo, hasta encontrar con dho. Cardonal".

14. c) *Mata de Indios.* También da cuenta la escritura 52 de 1937 de la protocolización en la Notaría de Mompós del expediente relativo al título otorgado a don José Ignacio del Campo por el Juez Subdelegado de Tierras, don Agustín de la Sierra, el 8 de marzo de 1791, concerniente a tierras realengas comprendidas dentro de los siguientes linderos: "Del Majaguo que nombran de los Vallenatos, hasta la madrevieja del Vayito por toda la vega del río Zesar, aguas abajo, hasta la boca del caño Canoa, que recibe aguas de dicho río; y desde este paraje hasta la orilla de la savana de Mata de Yndios, y de aquí hasta el expresado Majaguo de los Vallenatos, cerrando el globo".

En el mencionado título aparecen insertos: a)

el acta de la diligencia de avalúo, mensura, deslinde y amojonamiento de los antedichos realengos, realizada durante los días 21, 22 y 23 de mayo de 1790 por el Juez Comisionado de Tierras, don Pedro de Luque, en representación del Subdelegado don Agustín de la Sierra; b) el acta del remate en que los adquirió don José Ignacio del Campo, diligencia realizada el 24 de enero de 1791 ante el escribano, don José de Alamo, por orden del Gobernador, don José de Astigarraga, y del Tesorero y el Contador de la Real Hacienda, don Manuel Trujillo y don Mateo Trespalacios; c) la certificación de los aludidos Tesorero y Contador sobre el pago del precio del remate, de la media anata y de los demás derechos y servicios liquidados al comprador; d) el concepto, favorable a la aprobación, dado por el Contador Oficial, don Mateo de Trespalacios, conforme a lo ordenado en la Real Cédula de San Lorenzo de 1754; e) el decreto de la aprobación y confirmación otorgadas por el Gobernador, don Agustín de la Sierra, el 8 de marzo de 1791.

15. Sobre este título se lee en el acta de la diligencia de inspección ocular practicada en la Notaría de Mompós por orden de la Corte: "(...) Dicho tercer legajo corresponde al título expedido por don Agustín de la Sierra, Capitán de Conquista, Coronel de Milicias y Juez Privativo de Tierras, en Valledupar el 8 de marzo de 1791; tiene el comienzo una hoja sin foliar con una leyenda manuscrita que dice: 'Títulos de las tierras denunsias. (sic) pr. el Sr. Josef Ygnacio del Campo, por la parte de arriva (sic) hasta el Majaguo de los Ballenatos (sic) y por la parte de avajo (sic) hta. caño Canoa, quedando en el centro (sic) el Hatillo de Mata de Yndios, año de 1791'. Todas las hojas de este legajo, menos la última, tienen al frente y en la parte superior un sello redondo con Escudo y Corona, en cuya orla se lee: 'Carolus III. D. C. Hispaniar - Rex', y al lado de este sello, bajo una cruz, impresa la siguiente leyenda: 'Seis reales. Sello segvndo, seis reales, años de mil setecientos noventa y noventa y uno. Valga para el reynado de S. M. el Sr. D. Carlos IV'. En la última página (folio 213 frente del Protocolo) aparecen las firmas originales de quienes expiden el título, y al lado de éstas un sello en relieve que sin duda corresponde al sello de armas de don Agustín de la Sierra". Es decir, que el documento protocolizado por medio de la escritura 52 de 1937, concerniente a las tierras de Mata de Indios, corresponde al original del título de dichas tierras, y tiene consiguientemente el mérito propio de tal especie probatoria.

16. El señor Procurador Delegado en lo Civil impugna este título, sin embargo, con la siguiente observación: "La legislación vigente a través de la cual se debe estudiar el título premenciono no es otra que las Cédulas de San Lorenzo de octubre 15 de 1754, y la Cédula de San Idelfonso de 1780, entre otras. A través de estas normas legales para la legalización del derecho de dominio sobre tierras pertenecientes a la Corona se necesitaban determinados requisitos", entre ellos "una posesión material o entrega de los bienes rematados al licitador como mejor postor. Dentro de esta diligencia de posesión se debía dar la mensura exacta de los terrenos condición *sine qua non,* asignándose los linderos precisos, a fin de circunscribir al rematante en la posesión y usufructo de los bienes materia del remate".

17. Pero este aserto del señor Agente del Ministerio Público no tiene asidero en las reales cédulas a que hace referencia, pues que ni en la Real Instrucción dada en San Lorenzo en 1754 ni en la de San Idelfonso de 1780 hay prescripción alguna que pueda entenderse como de sujeción del dominio de realengos al requisito de la entrega de posesión, y menos aún al de realizar precisamente dentro de esta diligencia la mensura y deslinde de las tierras mercedadas. Cierto que la de San Idelfonso condicionaba las adjudicaciones a que éstas se otorgasen sin exceder la cantidad de tierras que el adjudicatario o comprador "pudiera labrar, atendido su caudal y posibles, cuyo requisito se examinará atentamente y con brevedad, poniéndose para conservar la medida y posesión, linderos fijos y durables que nunca se muden, y antes se conserven a costa del dueño del terreno, a fin de evitar por este medio dudas y pleitos sobre amojonamiento"; pero no decía que la medida y determinación de lindes debiera de todos modos hacerse al dar la posesión, como requisito "sin el cual no", sino que apenas ordenaba señalar los linderos para que la posesión se conservase dentro de ellos y no pudiera ejercerse fuera de los de la respectiva merced; lo que, por lo demás, la Ley 2ª, tít. 18, *Part. 3ª,* disponía que se hiciese en el título mediante el cual se concedía la merced o privilegio, como aparece hecho en el de Mata de Indios, donde se transcribe el acta de la diligencia de mensura, deslinde y amojonamiento practicada por el Juez Comisionado de Tierras, don Pedro de Luque, en los días 21, 22 y 23 de mayo de 1790.

Conviene asimismo hacer notar, que si bien pudiera pensarse que la entrega de la posesión hubiese podido ser indispensable como modo de transferir el dominio, es decir, como medio de hacer la tradición de los realengos mercedados, tal entrega habría sido innecesaria cuando el adquirente ya se hallaba en posesión natural de ellos; y de la escritura pública otorgada en Mompós el 23 de noviembre de 1783 por Julián José Lenguas, en representación de Bartolomé Moreno y, especialmente, del poder que éste le otorgó para vender las tierras que enajenó en favor de doña Joaquina Ribón y don José Ignacio del Campo, resulta que en la fecha de ese instrumento ya Bartolomé Moreno ocupaba o venía en posesión natural de las tierras de Mata de Indios.

Y, más todavía, también se cae en la cuenta de lo infundada de la impugnación si se considera que en el derecho de *Partidas* era posible ganar la posesión civil o jurídica de manera simbólica, sin necesidad de entrega material, por la sola dación u otorgamiento del título, como se desprende de la Ley 8ª, tít. 30, *Part. 3ª:* "Dando algunt home a otro heredamiento o otra cosa qualquier apoderandol de las cartas por que la él hobo, o faciendol otra de nuevo et dándogela, gana la posesión maguernol apodere de la cosa dada corporalmente". Distinto es que en el título debieran describirse los linderos para individualizar el fundo, a fin de que el poseedor se mantuviese dentro de su cabida y evitar "dudas y pleitos sobre amojonamiento", lo que se hizo en este caso.

Por estas razones, la falta de la diligencia de posesión que echa menos el señor Agente del Ministerio Público, no es motivo suficiente para desestimar el título otorgado el 8 de marzo de 1791 por el Juez Subdelegado de Tierras, don Agustín de la Sierra, concerniente a Mata de Indios.

18. d) *San Juan de Nepomuceno de Remanganaguas.* El 22 de abril de 1924 el señor Francisco Trespalacios Paz protocolizó en la Notaría de Mompós, por escritura pública número 28 de esa fecha, el que dijo ser "título y merced de tierras en el sitio del Paso del Adelantado, jurisdicción de la ciudad de Nueva Valencia, Provincia de Santa Marta, a favor de doña María Jacinta Martínez de Grimaldo, vecina de la Villa de Mompox". El título en referencia fue reconocido por el Juez que practicó la diligencia de inspección ocular ordenada por la Corte, y de él —como de los demás que fueron objeto de la prueba— se tomó copia que obra en autos, además de la expedida por el Notario.

Respecto del expresado instrumento se lee en el acta de la diligencia de la inspección lo siguiente: "*Escritura No. 28 de abril 22 de 1924.* Esta escritura hace parte del Tomo Primero del Libro Protocolo de 1924, desde el folio 184 v. al folio 201. Con ella se protocolizan dos (2) documentos relacionados con las tierras llamadas 'Remanga Naguas'. El primero de dichos documentos, contenido en folios 185 a 199 del Protocolo, es una copia autorizada por el señor José Angl. Marzán (sic), cuya firma aparece doblemente puesta al pie y a ambos lados de un sello en forma de rombo, impreso al final de la última página, sello dentro del cual se advierten unos círculos, sin que sea posible leer nada en él porque forma una sola mancha borrosa. El segundo documento es una constancia fechada el 11 de julio de 1806, autorizada por el Escribano de Su Majestad y Público del Número, señor Antonio de los Santos Muñoz, sobre otorgamiento y registro de una escritura de venta respecto de las tierras dichas. Este segundo documento consta de una (1) hoja y corresponde al folio 200 del Protocolo. Todas las hojas de ambos documentos tienen impreso, en el centro de la parte superior de su anverso, un sello que, formando un círculo, dice: 'Sello tercero - Dos reales - N - Bien No. - de 1802 y 1803 - R'. Al pie de la primera página (folio 185 del Protocolo), después de unas firmas ilegibles, hay una leyenda que, no obstante el deterioro del papel, puede leerse en su mayor parte, y dice así: 'Título de gracia y merced de tierras en el sitio del paso adelantado (sic), jurisdicción de la ciudad de Nueva Valencia, Provincia de Santa Marta, a favor de Da. M... (destruído) ... Jacinta Mtz. de Grim... (destruído)...'. Estos documentos se encuentran en bastante buen estado, aunque se advierte en algunas de sus hojas ligeras destrucciones ocasionadas por la polilla y el transcurso del tiempo, especialmente en la primera hoja, en la cual se ha procurado conservar las partes escritas pegando encima papel transparente. El papel y la escritura de estos documentos corresponden a la época en que fueron expedidos".

En la copia tomada durante la diligencia de inspección ocular se lee, a continuación del primer documento, o sea del título, las siguientes refrendación y atestado del registro:

"Yo el Dor. Dn. Franco. Josef de Aguilar y Contreras, Abogdo. y Secreto. de Cama. y (ilegible) de la Auda. y Chanc. a R. de este Nuevo Rno. la hice escrivir por su mano (ilegible) y

con acuerdo de su Virrey Preidte. Regte. y oydores.

Reg. Do. pr. El Chansiller Mayor José Ang. Manzano (hay rúbrica). José Ang. Manzano (hay rúbrica).

Imp. ta este Fito. veinte y (ilegible) cinco y medio rs. Dor. Aguilar (hay rública)".

El atestado, al pie del instrumento, de su registro por el Canciller Mayor y la aposición de sellos, denota que el que se tuvo a la vista en la diligencia de inspección ocular es un original *(Part. 3ª, tít. 18, Ley 3ª* y *tít. 20, Ley 1ª; y Nov. Recop., lib. 4º, tít. 13, Ley 1ª)*, que hace fe a tenor de lo expuesto.

19. Según este instrumento, en el cual aparecen insertas las actas de las diligencias habidas para obtenerlo, don Bernardo Campuzano compareció ante el Teniente de Gobernador y Juez de Comisos y Cobranzas Reales del Valle de Upar, don Francisco del Campo, en solicitud de ser admitido a composición de tierras realengas en el sitio del Paso del Adelantado; y habiendo sido su petición atendida en decreto de 16 de marzo de 1744, se realizó el remate el 27 de los mismos mes y año, ante el mencionado funcionario, y previo el correspondiente avalúo, a consecuencia de lo cual el Teniente de Gobernador le dio posesión de las tierras por los siguientes linderos, determinados en anterior diligencia de deslinde y amojonamiento: "Desde las orillas del río nombrado Ariguaní, por el paraje nombrado Playón de Juan de León, aguas corrientes hasta donde se une con las del río Cesar, y por éste, aguas arriba, hasta la sabana nombrada de Mata de los Yndios, y desde ésta, y cabeseras que llaman del Rodeo de las Yeguas, aguas abajo todo el dicho arroyo, hasta donde desagua en el caño de este dicho sitio, y atravesando éste siguiendo la Sabana del Palmar, inclusive ésta, hasta el dicho Playón de Juan de León, que es donde sierra el glovo".

No obstante las referidas diligencias, a Campuzano no se le expidió título alguno; por lo que cincuenta y cinco años después doña María Jacinta Martínez de Grimaldo, en calidad de nieta de aquél, se presentó a pedir por medio de apoderado: "Deseando mi parte afianzar su derecho, y que no pueda, en tiempo alguno, oponérsele al libre uso de él, nota de esta falta de aprobación o confirmación, correspondiendo en todo caso a este Superior Tribunal el dársela con audiencia del señor Fiscal (...), suplico rendidamente a Vuestra Alteza se digne aprobar y confirmar aquel derecho de propiedad adquirido por don Bernardo Campuzano en virtud de la venta que le hiso de las citadas tierras".

Habiendo doña María Jacinta comprobado la calidad de descendiente legítimo de don Bernardo Campuzano, y habiendo sido favorable el concepto del Fiscal, el Virrey y Presidente de la Real Audencia proveyó el 29 de enero de 1802, en nombre del Rey: "(...) Como parece al Señor Fiscal, y líbrese con incersión de Su Vista el correspondiente título. Por tanto fue acordado por los referidos Mis Ministros el que se debía librar este título, lo que he tenido a bien, y por él en conformidad de mi Real Cédula incerta, y de resultar realengas las tierras de que se ha hecho mención con los demás requisitos necesarios; os hago gracia, y Merced a Vos Doña María Jacinta Martínez de Grimaldo, de las tierras reconocidas por el Teniente de Governador de las ciudades de Pueblo Nuebo de Jesús y Valle Dupar, bajo los límites y linderos que se expresan en la diligencia de reconocimiento. Y ordeno, y mando a qualesquiera mis Justicias que por Vos Sea requerida, que en ella os ampare, y mantenga, y a Vuestros herederos, y sucesores, sin permitir que con pretexto alguno Se Os inquiete en su uso".

20. Conforme a la Real Cédula de 24 de noviembre de 1735 los adquirentes de realengos habían de acudir al Rey para la confirmación de sus títulos. La Real Cédula de San Lorenzo el Real de 1754, al facultar a los virreyes y presidentes de audiencia para designar *subdelegados* encargados de la venta y composición de tierras y de expedir los respectivos títulos, virtualmente *delegó* en dichos virreyes y presidentes la función que se les autorizaba ejercer por medio de ministros subdelegados. El párrafo o parágrafo noveno de esta última cédula real los facultaba asimismo para confirmar los títulos que tales subdelegados expidiesen.

La real confirmación tuvo en el derecho indiano, en asuntos de tierras, la calidad de acto de fiscalización de la forma como los tribunales y ministros o los subdelegados cumplían las disposiciones de la Corona, especialmente en el orden fiscal; por manera que si esta era su finalidad, y si los virreyes y presidentes de audiencia tenían la doble facultad de expedir títulos y de confirmarlos, no se entendería por qué en un mismo decreto no pudiera ejercitarse esa doble facultad cuando le correspondía hacerlo al mismo ministro o tribunal. Si bien una ley *(Recop. LI de Ind., lib. 4º, tít. 12, Ley 16)* disponía que "del despacho que se diere a los interesados, han de llevar confirmación", no expresaba en cambio

que el despacho y la confirmación debieran darse sucesivamente, por separado, debiendo entenderse, por tanto, que ello solamente tenía lugar cuando el título y la confirmación se despachaban por autoridades distintas; y en la Real Cédula de San Lorenzo, por otra parte, es notoria la preocupación por evitar actuaciones inútiles, a fin de dotar a los adquirentes de realengos de sus cédulas de propiedad con economía de fórmulas y de diligencias, y de "facilitar de esta forma la breve expedición de las reales confirmaciones, sin la duplicidad de nuevo título".

21. Se dice lo anterior porque en el instrumento dado a doña María Jacinta Martínez de Grimaldo no se habla de confirmación ni existía un título anterior que debiera ser aprobado; pero fue expedido por quien tenía delegación real para proveer a lo uno y a lo otro, esto es, para otorgar la merced, y comienza con la fórmula con que era usual encabezar las cartas en que el Rey concedía privilegios reservados a su privativa voluntad, es decir, los rescriptos: "Don Carlos por la gracia de Dios Rey de Castilla", etc. Esta fórmula de encabezamiento y forma del acto fueron, por lo demás, frecuentes a partir de la Real Cédula de San Lorenzo en los casos en que el título era expedido por autoridad a quien correspondería confirmarlo en nombre del Rey y por delegación suya.

22. De todo lo cual se sigue que el título es eficaz para demostrar que el globo de tierras denominado Remanganaguas fue enajenado desde 1802 por la Corona de España, como los demás que se han examinado prueban también que las porciones de terreno llamadas Santa Bárbara de las Cabezas o Paso del Adelantado, Mata Redonda, Cardonal de Cuatro Botijas y Mata de Indios pasaron a ser propiedad particular desde la época colonial, en virtud de la compra en remate que de ellas hicieron don Julián de Trespalacios, don Juan Agustín Moreno, don Lucas Domingo Moreno y don José Ignacio del Campo.

2) Identidad de los predios.

23. Durante el período probatorio la Corte, a instancia de la parte actora, decretó una inspección ocular, con intervención de peritos, a fin, entre otros puntos, de reconocer e identificar los globos de tierras que son objeto de la demanda y los singularizados en los títulos de Paso del Adelantado, Mata Redonda, El Cardonal de Cuatro Botijas, Mata de Indios y San Juan Nepomuceno de Remanganaguas, que se acaban de estudiar (hechos 86 y 87 de la demanda), para establecer su identidad, y de localizar y demarcar el área de la propuesta para la exploración y explotación de petróleos presentada al Ministerio del ramo por el señor Walter K. Link, registrada con el número 440 y aceptada por Resolución número 113 de 16 de febrero de 1948, y establecer la superposición del área de esta propuesta a las de los mencionados globos de terreno (hechos 88, 89, 90 y 91). Para verificarla se comisionó al Tribunal Superior de Santa Marta, quien la practicó con la intervención de los peritos ingenieros Jorge A. Perry y Marco Aurelio Sánchez, durante los días 21 a 27 de abril de 1953.

24. En el acta de la diligencia se dejó constancia de haberse hecho el reconocimiento de los linderos de los predios a que aluden los hechos 86 y 87 del libelo, mediante la identificación de sus principales puntos arcifinios, lo que se hizo con el auxilio de vaqueanos y de planos topográficos levantados en los años de 1918 y 1923 por los ingenieros Arturo Arango y Arturo Pava, y de otros planos procedentes de la Texas Petroleum Campany y la Richmond Petroleum Company, y unos croquis levantados en la época en que se expidieron los títulos, de modo que su confrontación entre sí y con el terreno y los testimonios de los vaqueanos, permitió a los peritos hacer la demarcación que describen en su dictamen y que aparece en el plano, levantado y autorizado por ellos, con que lo acompañan.

25. Sobre lo cual manifiestan los peritos: "La labor de reconocimiento e identificación de todos esos elementos, básicos para verificar la actual demarcación de las dos haciendas y para reconstruír los perímetros de los globos de terrenos a que se refieren los mencionados títulos originarios, se hizo con la necesaria asistencia de vaqueanos y viejos conocedores de la región, y con la ayuda de planos de las haciendas, que se confrontaron en lo esencial con el terreno, levantados en 1918 y 1923 por los ingenieros A. Arango R. y Arturo Pava F., y de algunos croquis interesantes hechos en la época en que se expidieron los títulos originarios, y que, aunque explicablemente defectuosos, suministran valiosa información para el efecto. La circunstancia feliz de que gran parte de las corrientes, caños, puntos y parajes con que se fijan los linderos de los predios en los títulos primitivos, conservan aún los nombres con que se les designaron en esas titulaciones y su posición en el terreno coincide con la descripción y sucesión que se les señala en tales alinderaciones, permite delinear actualmente con bastante aproximación y

seguridad los predios a que los mencionados títulos se refieren''.

Con fundamento en las observaciones hechas sobre el terreno durante la inspección ocular y en la confrontación a que arriba se aludió, informan los peritos que ''el globo de terreno denominado 'Santa Bárbara de las Cabezas' está delimitado por sus costados occidental, sur y oriental por accidentes arcifinios bien notorios y reconocibles en el terreno, así: el occidental por el río Ariguaní, corriente de apreciable caudal aun en tiempo de verano, que viene del norte y que sirve de límite desde el punto denominado Puerto de la Sarda, a inmediaciones de la boca del Caño del Tonto, hasta el punto denominado La Coba, lugar en donde se desprende a la derecha un caño de lecho relativamente ancho, por donde según las declaraciones de los testigos, antes de mediados del siglo pasado corría el río Ariguaní, y que por eso hoy lo llaman madre vieja del mismo río. El lindero occidental del globo continúa por este caño hacia el sur hasta su unión con el río Cesar en el punto de Caimancitos, antigua confluencia de los ríos Ariguaní y Cesar. El límite sur del globo lo constituye el curso del río Cesar desde el mencionado punto de Caimancitos, aguas arriba y hacia el oriente, hasta la confluencia actual de los ríos Cesar y Ariguaní; el límite oriental está constituído por el sector final del actual curso del río Ariguaní (antiguo caño de Iguana), desde su boca, aguas arriba, hasta donde le entra el denominado Caño del Paso o de las Mulas, que viene del norte al sur, y luego por todo éste arriba hasta cerca de sus orígenes, en donde el caño tiene el nombre de Mungía, y desde donde sale una cerca de alambre con rumbo magnético aproximado de S. 45 W., que va a dar al río Ariguaní en el punto de la Sarda, paraje del Tonto, encerrando por el norte los terrenos. Los límites así descritos concuerdan bien con los que figuran en el numeral I (peticiones principales) de la demanda, hecha exclusión del área de terrenos cedidos a los vecinos del caserío de El Paso (alinderados en el mismo numeral), según puede verse al seguir tales linderos en el mapa que para mayor claridad se adjunta al presente dictamen (línea roja continua)''.

En lo que concierne a San José de Mata de Indios o La Embocada, afirman los mismos peritos: ''El otro globo de terrenos que fue materia de la inspección ocular, o sea el denominado 'San José de Mata de Indios' o 'La Embocada', a que se refiere el numeral tercero del parágrafo I de la demanda, es contiguo al anterior (Santa Bárbara de las Cabezas), salvo en el sector en que se interpone entre los dos el terreno cedido a los vecinos de El Paso, de que ya se habló, y está igualmente limitado en sus costados occidental, sur y oriental por accidentes arcifinios bien destacados, excepto en un pequeño trayecto entre las cabeceras del caño de Cuatro Botijas y las del caño de Remanganaguas. Así el linde occidental lo constituye el curso del Caño del Paso o de las Mulas, que resulta línea divisoria de los dos globos, desde el punto denominado Pozo de Mapurito, situado abajo (al sur) del vértice más septentrional del globo de Las Cabezas, aguas abajo, hasta donde desagua en él el Caño de Cuatro Botijas; continúa por el curso de este caño hasta sus cabeceras, y de éstas a las cabeceras del caño de Remanganaguas, pasando por el paraje llamado Mata de Gallina, sigue el curso de este último caño hasta su boca en la ciénaga del Burro que tiene su comunicación con el Caño de Iguana, por donde hoy corre el río Ariguaní, y sigue por éste hacia el sur, hasta su unión con el río Cesar. Por el sur y oriente el globo está encerrado por el curso del río Cesar, corriente de abundante caudal permanente, y que le sirve de linde desde su unión con el Ariguaní, aguas arriba, hasta un punto frente de la pequeña eminencia denominada Cerro Melchor. El límite norte está marcado por una cerca de alambre que va desde inmediaciones del río Cesar, prácticamente hacia el occidente, hasta un punto llamado Dividive de la Goya, situado poco al norte de las casas llamadas Vallito Abajo, y de ahí sigue con rumbo aproximado de N. 86º W., al punto denominado Majagua de los Vallenatos, a donde llega otra cerca que viene casi del norte y es divisoria de los colindantes terrenos llamados Leandro y Guaimaral; y de este punto sigue la cerca al llamado Pozo de Mapurito sobre el Caño de las Mulas. La alinderación así descrita concuerda perfectamente con la que aparece en el punto tercero, parágrafo I (Peticiones principales) de la demanda, según puede verse fácilmente en el mapa acompañado (línea azul continua)''.

''Los globos de terreno que forman, pues, con el área cedida a los vecinos de El Paso, una extensión continua de 57.700 hectáreas encerradas entre los ríos Ariguaní (cauce actual y cauce antiguo) y Cesar, dentro del ángulo de su confluencia''.

26. Conocido por sus linderos el globo de Santa Bárbara de las Cabezas, los peritos, tras describir los linderos del Paso del Adelantado tal como se describen en el título expedido a don

Julián de Trespalacios y Mier el 26 de noviembre de 1744, lo identifican con éste con razones que expresan así: "En el reconocimiento de estos lindes sobre el terreno (se refieren a los descritos en el título o merced) el único punto de cuya ubicación exacta no se halló noticia ni tradición, es el nombrado en esa descripción 'Mata de Pueblo Nuevo', entre el caño de Remanganaguas y la Mata de Gallina, pero como la situación de este último sí fue reconocida y la línea debe ser recta, según la descripción ('en derechura (...) y en la misma conformidad') entre la cabecera del caño de Remanganaguas y Mata de Gallina no hace falta el punto intermedio de Mata de Pueblo Nuevo para la demarcación del predio".

Y continúan: "Si se sigue la alinderación de las tierras de El Paso del Adelantado contenida en el acta de posesión antes mencionada sobre el mapa que adjuntamos (línea roja discontinua), se puede ver claramente que son las mismas que se deslindan en el segundo párrafo, del numeral primero, parágrafo I (Peticiones principales de la demanda), teniendo en cuenta que en el tiempo en que se dio aquella posesión (año de 1744) el río Ariguaní corría por su antiguo cauce, que es el actual Caño de Vihagual. Pero como en el mencionado numeral primero se excluyen tres cuartas partes (¾) de una cierta área parcial de esos terrenos (la cedida en común a los vecinos de El Paso), resulta evidente que los terrenos a que se refiere la demanda en dicho numeral primero son parte de las tierras que se denominaron 'El Paso del Adelantado' y a que se refieren los numerales 1º a 5º, 9º y 68 a 7º de la demanda".

De donde concluyen los peritos que "es por tanto cierta y exacta la afirmación que se hace en el numeral 86 del Capítulo Hechos de la Demanda", o sea, que el globo de terreno denominado Santa Bárbara de las Cabezas que se individualiza en el numeral primero del parágrafo primero de la parte petitoria del libelo es parte del conocido con el nombre Paso del Adelantado, que fue comprado en remate por don Julián de Trespalacios y Mier.

27. Sobre los fundos denominados Mata Redonda, El Cardonal de Cuatro Botijas, Mata de Indios y San Juan Nepomuceno de Remanganaguas exponen los peritos, después de reproducir los linderos de cada uno de esos predios y en relación con dichos linderos:

a) Mata Redonda. "El zanjón o caño de las Yeguas, mencionado en la anterior descripción, es, según se reconoció, un afluente izquierdo del caño del Paso o las Mulas; y el paraje nombrado de Majaguo es, según una alinderación de los mismos terrenos dada posteriormente (venta de Bartolomé Moreno a don Pedro del Campo, año 1873), el mismo que fue reconocido y está marcado en el mapa con el nombre de Majaguo de los Vallenatos. En la diligencia de inspección ocular no se obtuvo información precisa acerca de la ubicación del cerrito de la Cruz que menciona la alinderación que antecede. Pero examinando las copias de los croquis antiguos de fines del siglo XVIII, que se hallan en el expediente, referentes a los colindantes terrenos de Leandro y Guaimaral (situados al norte), y en los cuales figura como punto de la línea de colindancia el mencionado cerrito de la Cruz, se saca la impresión con bastante probabilidad de acierto, de que este cerrito correspondía al pequeño montículo que hoy se denomina Loma de Fernando, situada en la cerca norte de los terrenos de San José de Mata de Indios (punto tercero), en su cruce con el camino que conduce a la casa de Leandro".

Y concluyen: "Siguiendo con estas explicaciones los linderos dados para el terreno de 'Mata Redonda', y teniendo en cuenta la situación de la sabana de Mata de Indios, reconocida en el terreno, hemos hecho su localización aproximada sobre el mapa adjunto, según se señala con la línea verde discontinua, y de ella se puede ver claramente que el mencionado terreno queda íntegramente comprendido dentro del globo alinderado en el numeral tercero, parágrafo I de la demanda (línea azul continua)", esto es, que es parte en su totalidad del globo general de San José de Mata de Indios o La Embocada.

Como encontrara obscuridad en el dictamen, el señor Procurador Delegado en lo Civil pidió oportunamente que los peritos explicaran "las razones en que se apoyaron para deducir la categórica conclusión anterior (...), si, como se dejó expuesto, del examen practicado en las copias de los croquis antiguos sólo obtuvieron 'la impresión con bastante probabilidad de acierto' de que el cerrito de la Cruz correspondía al pequeño montículo que hoy se denomina Loma de Fernando, y si además, de dicho fundo hicieron sobre el mapa tan sólo una 'localización aproximada' ".

Dudas éstas que fueron explicadas por los peritos en la forma siguiente:

"(...) concretándonos al punto de la identificación del cerrito de la Cruz, en cuyo examen o análisis se empleó la expresión que se ha venido comentando, los hechos y observaciones que

apoyan el concepto formulado de que dicho cerro corresponde con suficiente probabilidad de acierto al pequeño montículo que hoy se denomina Loma Fernando, no dejan margen a una duda razonable. En efecto: a) según la descripción de los linderos dados para el globo de Mata Redonda en el acta de remate y en el acta de posición de esas tierras, el cerrito de La Cruz debía quedar situado en las cercanías del Caño del Paso, hoy nombrado también de Las Mulas, y al norte de la desembocadura en éste del zanjón de Las Yeguas; y en todo el trayecto, aguas arriba del Caño del Paso, no se encontró otro montículo o cerrito relativamente cercano a ese caño que el denominado hoy Loma Fernando; b) más arriba, pero ya al norte de las sabanas de Leandro y del paraje de Mungía, es decir, francamente dentro de terrenos que fueron objeto de otra adjudicación contemporánea, queda cercano al caño otro cerrito denominado Loma Bernardo, pero que las circunstancias apuntadas lo descartan como solución; c) en la diligencia de posesión protocolizada con otros documentos mediante la escritura número 54 de 18 de junio de 1859, Notaría Unica, hoy Primera, de Santa Marta (expediente contentivo del título expedido el 25 de noviembre de 1789 y confirmado el 17 de diciembre del mismo año, a favor de don Juan Manuel de Pumarejo sobre las tierras llamadas 'sabanas de San Cayetano'), se dice:

"'... En este paraje que nombran la Boca del Perro, en la jurisdicción de la ciudad de Pueblo Nuevo, en veinte y dos días del mes de julio de mil stecientos (sic) ochenta y ocho años, yo, don Pablo Matías de Figueroa, Alcalde Ordinario por Su Majestad de dicha ciudad y su jurisdicción en virtud de la comisión a mí conferida por los señores de la Real Audiencia de Santafé, según su real porvisión (sic) de enero de este presente año, que me fue entregada por el señor Coronel de Milicias don Agustín de la Sierra, para proceder, a la mensura y valorización de las tierras realengas de estas sabanas, cité en toda forma a los vecinos y con particularidad al Mayordomo o Administrador de la Hacienda del Marquesado de Santa Coa, al Capitán de Granaderos don Juan Manuel de Pumarejo, a Bartolomé Moreno y vecinos de las Sabanas de los Venados, como dueños de tierras lindantes de las que se van a mensurar y asistieron a ella por la parte de dicha Hacienda de la señora Marquesa, don Pedro de Luque, a fin de que no fuesen perjudicados en lo de su propiedad y por la del Capitán de Granaderos, su hijo don José Antonio de Pumarejo, y en persona Bartolomé Moreno, y por la de los vecinos de los Venados, José Contreras, y habiendo por mí medido una cabulla de cien varas castellanas, que hacen setenta y seis con sus pulgadas de la tierra en presencia de los testigos y prácticos. Del terreno tomé principio a la medida desde dicho paraje de la embocada del monte del Perro, camino real que viene del Pueblo Nuevo para el sitio del Paso, fijando la medida en un palo de carreto, lindero de don Francisco de Cardona, difunto yerno de dicho Pumarejo, por cuya razón pasé este terreno y siguiendo por todo el camino real de sus linderos hasta el Majaguo que llaman de los Vallenatos, donde igualmente fija el lindero por aquella parte de Bartolomé Moreno se midieron diez y siete mil varas, y *siguiendo la mensura desde este paraje por la cabecera de la Mata de doña Catarina hasta el cerrito que llaman de la Cruz, lindero de dicho Moreno,* se midieron cuatro mil y trescientas varas, de cuyo paraje habiendo seguido por la parte de abajo del arroyo del Diablito hasta encontrar con el caño de el Paso, lindero de la Hacienda del marquesado de Santa Coa, se midieron mil quinientas varas, desde cuyo paraje que llaman El Poso del Mapurito, aguas arriba, lindero de dicha hacienda, seguí la medida hasta la cabecera de las Sabanas de San Cayetano, donde finaliza el arroyo de el Poso, y se midieron nueve mil y trescientas varas...'". (El subrayado es nuestro).

"Según lo transcrito, el cerrito de la Cruz debía estar situado en forma tal que la línea entre éste y el majaguo de los Vallenatos pasara por las cabeceras de la Mata o sabana de doña Catarina, y ello sólo sucede si se toma como aquel cerrito la loma denominada hoy de Fernando; d) en los tres croquis de fines del siglo XVIII, y que al parecer son de autores diferentes, ejecutados por agrimensores y avaluadores que intervinieron en ese tiempo en las diligencias de adjudicación de los terrenos de Leandro y Guaimaral, situados inmediatamente al norte de los de Mata Redonda y colindantes con éstos, se localiza el mismo punto del cerrito de La Cruz, que desde entonces era punto de colindancia, en situación tal con respecto al Caño del Paso, al Majaguo de los Vallenatos, a las sabanas de Leandro y algunos otros puntos que concuerda dicha localización, dentro de los límites de precisión que se puede conceder a esos croquis, con la situación que en el terreno tiene la Loma Fernando con respecto a esos mismos puntos o accidentes; e) en las mismas diligencias de medida y reconocimiento de esos terrenos las distancias que se dan del cerrito de La Cruz al caño del Paso y al Majaguo de los Vallenatos concuerdan,

también dentro de la tolerancia que debe admitirse por razón de los elementos de medida que en ese tiempo se usaban, con las distancias actuales entre la Loma Fernando y los dos otros accidentes mencionados.

"En realidad el único hecho que puede suscitar alguna duda sobre la tesis enunciada respecto a la identificación del cerrito de la Cruz es el de que el montículo que hemos identificado como tal no lleva actuamente ese nombre, pero esa duda se reduce muy considerablemente, casi a nada, si se tiene en cuenta el cambio de nombres a través de los tiempos, tan frecuente en los accidentes geográficos de poca importancia, y además que por esos parajes no se encuentra otra eminencia con el mismo nombre.

"En cuanto al empleo de la expresión 'localización aproximada', esta quiere decir que no se hizo, por innecesaria e inútil para el objeto que se buscaba, una localización completamente exacta en todos sus detalles, pero sí suficientemente precisa en especial en cuanto a todos los elementos básicos o claves de los cuales pudiera depender la obtención de una conclusión segura".

Como consecuencia de todo lo cual los peritos conceptúan que "es por tanto cierta y exacta la afirmación que se hace en el numeral 86 del Capítulo Hechos de la Demanda".

b) Cardonal de Cuatro Botijas. Sobre la alinderación de este globo observan los peritos: "Como se ve en esta alinderación (se refieren a la dada en el acta del remate de 23 de marzo de 1763, en el cual compró los terrenos Lucas Domingo Moreno), el globo de El Cardonal de Cuatro Botijas estaba encerrado por el costado norte por el Caño de las Yeguas, afluente oriental del Caño de las Mulas y al propio tiempo también lindero sur del globo de Mata Redonda, por el costado sur por el Caño de Cuatro Botijas, también afluente del Caño de las Mulas, y en el oriente por una línea quebrada que une las cabeceras de los dos afluentes mencionados pasando por el punto (rodeo) de Mata de Lata, cuya situación se reconoció y se señalo aproximadamente en el mapa. De acuerdo con esos elementos se ha demarcado este globo de terrenos con línea verde continua en el mapa adjunto, y de ella se puede ver que sin lugar a dudas tal terreno está íntegramente comprendido dentro del globo alinderado en el numeral tercero del parágrafo I de la demanda (línea azul)".

c) Mata de Indios. En lo atinente a este otro globo dicen los peritos refiriéndose a los linderos descritos en el título expedido en 1791 a don José Ignacio del Campo: "En la diligencia de mensura y avalúo efectuadas como requisito previo para el remate se describen con rumbos y distancias de precisión acorde con los instrumentos de que se podían valer en esa época, dos figuras adyacentes entre sí, y contiguas al terreno de Mata Rendonda, la primera 'un triángulo casi equilátero' y la segunda 'un trapecio o figura irregular de cuatro lados, todos desiguales', pero que no llegaron hasta el propio río Cesar; y faja comprendida entre ellas y las márgenes del río no fue medida sino simplemente apreciada en su área, por ser angosta, 'y en muchas partes de calidad anegadiza'. Con base en las descripciones de esas mensuras y en el reconocimiento de varios de los puntos y parajes que allí se citan, hemos reconstruído aproximadamente sobre el mapa las dos figuras referidas (ABC) y (1-2-3-4) y demarcado en él también aproximadamente los límites del globo de Mata de Indios (líneas en color sepia), y por esta demarcación se puede ver claramente que dicho globo queda comprendido íntegramente (no solamente en parte) dentro del terreno determinado en el numeral tercero del parágrafo I de la demanda".

Como consecuencia, concluyen: "Por la diferencia que acaba de anotarse, la afirmación que se hace en la segunda parte del numeral 87, la referente a los numerales 31 y 78 ('Mata de Yndios') es verdadera pero incompleta"; es decir, que el globo denominado San José de Mata de Indios comprende totalmente al de Mata de Indios, y no parcialmente como se expresa en el numeral 87 de los hechos de la demanda.

El señor Procurador Delegado en lo Civil pidió explicación sobre la antinomia que resulta de dar por "comprendido en su totalidad" en un predio a otro cuyos límites fueron reconstruídos apenas "aproximadamente", la que dieron los peritos con las mismas razones con que explicaron el dictamen relativo a Mata Redonda, en lo tocante a una observación similar del mencionado funcionario.

d) San Juan Nepomuceno de Remanganaguas. Después de referirse al remate hecho en 1744, a favor de don Bernardo Campuzano y a la posterior diligencia de posesión, y de reproducir los linderos descritos en tales diligencias, exponen los peritos: "De la lectura de esta alinderación se desprende inmediatamente que los terrenos que ella determina están limitados en su mayor parte por los trayectos confluentes de los ríos Ariguaní y Cesar, corrientes bien conocidas, y por una línea poligonal entre estos dos ríos, de-

terminada por puntos que hoy pueden reconocerse en el terreno, como efectivamente se identificaron en la inspección ocular. Basados en tal reconocimiento hemos trazado en el mapa el perímetro de este globo (línea de color amarillo), y siguiendo dicho trazo se puede ver con toda claridad:

"a) Que dicho globo cubre parte del globo que se denominó 'El Paso del Adelantado' (línea roja discontinua); la totalidad del globo nombrado, el Cardonal de Cuatro Botijas (línea verde continua); parte del denominado 'Mata de Yndios' (línea en sepia), de todos los cuales ya se habló; y en el resto de los terrenos determinados en el numeral tercero, denominados 'San José de Mata de Indios' o 'La Embocada', integrándose así con este resto y con los globos de 'Mata Redonda', 'El Cardonal de Cuatro Botijas' y 'Mata de Yndios', la totalidad del mencionado globo de 'San José de Mata de Indios' o 'La Embocada' a que se refiere el numeral tercero, y

"b) Que solamente una parte (la mayor) del globo de Remanganaguas queda comprendido dentro de los terrenos a que se refiere el numeral tercero, parágrafo I de la demanda, pues el resto cubre terrenos de 'Santa Bárbara de las Cabezas' y los comunales de los vecinos de 'El Paso' ".

Por donde los peritos llegan a la conclusión de que "es por tanto exacta la afirmación que se hace al respecto en el numeral 87 (tercera parte)".

La peritación se funda en el reconocimiento sobre el terreno, durante la inspección ocular, de contornos y puntos arcifinios que en los títulos separan y alinderan los respectivos globos o porciones territoriales, y que permitieron a los peritos, con el auxilio de planos y documentos que obran en el juicio, oportunamente ofrecidos y admitidos como pruebas, reconstruírlos y señalarlos en el mapa con que ilustran el dictamen, y que destaca con convincente objetividad la verdad de las conclusiones que afirma; y explica con claridad, precisión y exactitud en el razonamiento la forma como llegaron a esas conclusiones y los motivos que los condujeron a ellas, especialmente en la explicación que a instancia del Procurador dieron a la peritación. En el acta de la inspección ocular se dejó constancia de haberse reconocido e identificado los accidentes o particularidades topográficas (ríos, caños, bocas, ciénagas, playones, lomas y sitios o parajes) que configuran los perímetros o sirven de referencias para ello. Las explicaciones, además, que exponen para justificar la ubicación que atribuyen al cerrito de la Cruz y para prescindir de Mata de Pueblo Nuevo como punto de referencia, corresponden a conceptos técnicos comúnmente aceptados en la ciencia a la cual conciernen y en la que los peritos son expertos. Y como, por otra parte, llegaron a aquellas conclusiones en virtud de operaciones realizadas en común, y las expresan conjunta y coincidentemente, la Corte las acoge por hallar que constituyen elemento suficiente de convicción respecto de la identificación sobre el terreno de las porciones territoriales mercedadas, y de encontrarse compuestas por ellas las dos haciendas: Santa Bárbara de las Cabezas y San José de Mata de Indios.

29. En el "Diario Oficial" 26688 de 1º de abril de 1948, aparecen insertos los linderos de la propuesta para la exploración y explotación de petróleos formulada al Ministerio del ramo por el señor Walter K. Link, aceptada por Resolución número 113 de 16 de febrero de 1948, y registrada con el número 440, que se describe así: "Como punto de referencia para la alinderación del lote se tomó un mojón de concreto marcado 'Osja', ago. 1943', que está situado a dos mil setecientos metros (2.700 mts.) de distancia, con rumbo de Oeste verdadero de la orilla izquierda u oriental del río Cesar, a tres mil metros (3.000 mts.) con rumbo norte sesenta y nueve grados, cincuenta y nueve minutos, cero segundos oeste (N 69º 59' 07" W), del mojón marcado 'Las Ingüensas' J. A. 1943'. El mojón 'Osja' tiene las siguientes coordenadas geográficas: latitud, nueve grados treinta y nueve minutos, treinta segundos con cinco décimas de segundo norte (9º 39' 30" 5 N), y longitud setenta y tres grados treinta y seis minutos, cincuenta y nueve segundos con tres décimas de segundo al oeste de Greenwich (73º 36' 59" W. de Grn), o cero grados veintisiete minutos, cincuenta y dos segundos al Este de Bogotá (0º 27' 52" 0 E. de Btá.). Como punto de partida o primer vértice de la alinderación, se tomó el señalado en el plano con la letra 'A', que es el mismo punto astronómico de referencia mojón marcado 'Osja', ago. 1943'. Del punto 'A' se sigue una línea recta con rumbo Oeste verdadero y una longitud de dos mil setecientos metros (2.700 mts.), hasta el punto 'B'. Este lindero A-B coincide de la 'compañía Petrolera del Patía', cuyo aviso de aceptación por este Ministerio aparece publicado en el 'Diario Oficial' número 25492, de 10 de marzo de 1944. Del punto 'B' se sigue la ribera izquierda u oriental del río Cesar, aguas arriba, hasta el punto 'C'. Este lin-

dero B-C coincide en toda su extensión con parte del lindero (sic) G-F de la citada propuesta número 185. La línea recta que une el punto 'B' con el punto 'C' tiene un rumbo de Norte cinco grados, cincuenta minutos Este (N 5º 50' E) y una longitud de nueve mil seiscientos setenta y cinco metros (9.675 mts.). Del punto 'C' se sigue una línea recta con rumbo de Sur setenta y un grados, cincuenta y nueve minutos, cuarenta y tres segundos Oeste (S 71º 59' 43'' W) y una longitud de veinte mil cuarenta y dos metros (20.042 mts.), hasta el punto 'D', que está situado en la margen derecha u occidental del río Ariguaní. Del punto 'D' se sigue la margen derecha u occidental del río Ariguaní, aguas abajo, hasta el punto 'E', que está situado en la ribera izquierda u occidental del río Cesar, cerca a la confluencia de los ríos Ariguaní y Cesar. La línea recta que une el punto 'D' con el punto 'E' tiene un rumbo de Sur catorce grados, catorce minutos, cincuenta y cinco segundos Este (S 14º 14' 55'' E), y una longitud de doce mil trescientos diez y siete metros con setenta centímetros (12.317.70 mts.). Del punto 'E' se sigue aguas arriba la ribera izquierda del río Cesar, hasta el punto 'F', que coincide exactamente con el punto 'A' de la propuesta número 184 de la 'Compañía Petrolera del Zulia'. Además este lindero E-F coincide en toda su longitud con parte del A-B de la citada propuesta número 184. La línea recta que une el punto 'E' con el punto 'F' tiene un rumbo de Norte sesenta y nueve grados Este (N 69º 00' E), y una longitud de catorce mil ochocientos setenta y cinco metros (14.875 mts.). Del punto 'F' se sigue una línea recta con rumbo de Sur cuarenta y dos grados Este (S 42º 00' E) y una longitud de tres mil metros (3.000), hasta el punto 'G'. Este lindero F-G coincide en toda su longitud con parte del lindero A-E de la propuesta número 184 de la 'Compañía Petrolera del Zulia', antes mencionada. Del punto 'G' se sigue una línea recta con rumbo de Norte setenta y nueve grados, cuarenta y ocho minutos, veinticuatro segundos Este (79º 48' 24'' E), y una longitud de dos mil novecientos ochenta y nueve metros (2.980 mts.) (sic) hasta el punto 'H'. Del punto 'H' se sigue una línea recta con rumbo de Norte doce grados treinta y seis minutos, diez segundos Oeste (N 12º 36' 10'' W), y una longitud de cuatro mil novecientos noventa y nueve metros (4.999 mts.) hasta el punto de partida 'A', cerrando así el perímetro del lote. Este lindero H-A coincide en toda su longitud con parte del B-A de la propuesta 185 de la 'Compañía Petrolera del Patía', cuyo aviso de aceptación por este Ministerio aparece publicado en el 'Diario Oficial' número 24592, de 10 de marzo de 1944. Todos los rumbos descritos están referidos al meridiano astronómico''.

Si, como resulta de la alinderación trancrita, los terrenos objeto de la propuesta se hallan comprendidos precisamente entre los ríos Ariguaní y Cesar, que los limitan por el occidente y el oriente, y el ángulo de confluencia de estos dos ríos, que les sirve de límite sur, no cabe duda, y así se aprecia con la sola lectura de las respectivas alinderaciones, que el área de la propuesta se superpone, aunque sea parcialmente, a los globos generales denominados Santa Bárbara de las Cabezas y San José de Mata de Indios, los que, como se lee en la demanda y en los títulos, y quedó establecido en la inspección ocular y en la peritación tienen conjuntamente, esto es, vistos como un solo globo, linderos comunes con la propuesta por los tres lados mencionados.

Así lo ponen los peritos de manifiesto, además, cuando exponen en el dictamen: '' (. . .) Al observar esta demarcación (se refieren a la de la propuesta) se puede ver claramente que la línea C-D que limita por el norte el área de la propuesta y que se extiende en efecto desde el río Cesar, en un punto considerablemente arriba de donde se desprende el brazo o río Canoas, hasta el actual río Ariguaní, un poco abajo de donde se separa de su antiguo cauce, encierra, con los cursos confluentes de los dos mencionados ríos que también son linderos de la propuesta, casi la mitad meridional del conjunto de los terrenos a que se refiere la demanda, es decir, de los señalados en los numerales primero y tercero del parágrafo I de la misma. Esta porción de los terrenos de 'Santa Bárbara de las Cabezas' y de 'San José de Mata de Indios' o 'La Embocada', así cubierta por la propuesta número 440, es exactamente la misma que se alindera, primero en un globo continuo y luego en dos globos separados, en los encasillados (AA) y (BB) del parágrafo III (Peticiones subsidiarias de segundo grado) de la demanda. Examinada la demarcación hecha sobre el mapa del área que cubre la propuesta en relación con las demarcaciones hechas en el mismo mapa de cada uno de los globos de terreno a que se refieren las titulaciones originarias o antiguas que figuran en el expediente, resultan claramente visibles los siguientes hechos: ''Que la propuesta abarca o cubre parte muy considerable de los terrenos denominados 'El Paso del Adelantado' (perímetro en línea roja discontinua), incluyendo en ella los terrenos comunales de los vecinos de 'El Paso'. 2) Que abarca parte más bien reducida y no la

totalidad de las tierras nombradas 'Mata Redonda' (perímetro en línea verde discontinua). 3) Que cubre la totalidad de los terrenos llamados 'El Cardonal de Cuatro Botijas' (demarcado con línea verde continua). 4) Que se extiende a parte bien considerable del antiguo globo de 'Mata de Yndios' (demarcado con línea color sepia), y 5) Que cubre asimismo la mayor parte de los terrenos que se denominaron 'San Juan Nepomuceno de Remanganaguas' (demarcación con línea amarilla). De lo aquí expuesto —concluyen— se desprende que salvo la diferencia anotada en relación con el globo de 'Mata Redonda' —que no está incluído totalmente sino en parte en la propuesta número 440—, por lo demás las afirmaciones contenidas en los numerales 89, 90 y 91 son exactas''.

Resulta evidente, por lo tanto, que el área de la propuesta se superpone totalmente al predio denominado ''Mata Redonda'' y parcialmente a los llamados ''Paso del Adelantado'', ''Cardonal de Cuatro Botijas'', ''Mata de Indios'' y ''San Juan Nepomuceno de Remanganaguas'', y que consiguientemente cubre parcialmente los globos de Santa Bárbara de las Cabezas y San José de Mata de Indios.

3) Superposición de la propuesta y exclusión de áreas.

30. Conforme a la doctrina ya tradicional de la Corte, esta superposición parcial determina la exclusión de las afirmaciones del fallo de aquellas porciones que no están cubiertas por el área de la propuesta de contrato. La doctrina de la Corte ha sido constante en el sentido de que la declaración de propiedad privada sólo puede recaer, en juicios de petróleos, sobre los existentes en terrenos comprendidos en aquella propuesta, pues se ha entendido que de otro modo se daría la sentencia de fondo sin que el actor tuviera un verdadero interés jurídico que la justificara, además de que se pretermitiría el procedimiento administrativo que la ley establece para llegar a la declaración judicial de certeza.

31. No comparte la Sala la fundamentación en que se había venido apoyando aquella exclusión, por los siguientes motivos:

Se entiende por interés jurídico la utilidad actual o inmediata que puede derivar el demandante de la declaración de certeza que se solicita del órgano jurisdiccional, consistente en el reconocimiento de un derecho o en el esclarecimiento de una situación jurídica dudosa u obscura. La Corte ha dicho que ''la acción declarativa, para que sea procedente, requiere ante todo que el demandante tenga un interés actual en la pronta constatación judicial de su derecho, la cual se realiza, generalmente, mediante la presencia simultánea de tres condiciones: a) Que la incertidumbre respecto de la situación jurídica del actor sea de tal naturaleza que suscite temores reales acerca de la seguridad de aquélla (...); b) Que la sentencia de declaración sea la única adecuada y necesaria para evitar el peligro de incertidumbre en el derecho del actor (...), y c) Que no sea factible entablar acciones distintas que se opongan a ello. De ahí que la acción de declaración sea considerada en el derecho procesal, por lo regular, como un recurso subsidiario''. (Casación, 2 de abril de 1936, XLIII, 759).

En materia de hidrocarburos no puede realmente hablarse de obscuridad o duda, y menos de desconocimiento del derecho del demandante, mientras el Ministerio de Minas y Petróleos no haya aceptado propuesta de un tercero para su exploración y explotación. La duda sobre los derechos de aquél no sobreviene sino en el momento en que mediante la actuación administrativa que precede al juicio el Gobierno admite la propuesta, pues sólo en ese momento se suscita la necesidad de que judicialmente se defina lo concerniente a la propiedad. Por eso la acción judicial debe entenderse condicionada a la existencia de una propuesta que haya sido aceptada regularmente, ya que sin ésta aceptación no habría interés en perseguir la afirmación de un derecho que nadie niega ni pone en duda.

32. Pero no ocurre lo mismo en lo que respecta a las porciones de tierras localizadas fuera del perímetro de la propuesta, o mejor dicho, respecto de los petróleos subyacentes en tales porciones, cuando esa propuesta se superpone al resto del fundo y se alegan los mismos títulos de propiedad sobre la totalidad de éste, pues que en tal caso, desde luego, que el Estado, por medio del Ministerio del ramo, acepta la propuesta presentada para que un tercero contrate con él la exploración y explotación de los yacimientos, implícitamente está poniendo en duda que sean de dominio particular o privado, o sea, la eficacia del título alegado por el demandante para amparar su propiedad; duda que ciertamente no concierne solamente al dominio particular de la porción comprendida en la propuesta, sino al de la totalidad de la extensión territorial a que se refiere el título sobre el cual ha de versar la controversia. La acción en este caso no puede reputarse que sólo sea de exclusión de unos bienes del

contrato propuesto al Estado, sino que fundamentalmente supone la declaración de la propiedad privada de esos bienes, por lo cual el interés del actor no se limita —como parece entenderlo la doctrina anteriormente aceptada por la Sala— a que se prescinda del contrato, sino que se extiende al reconocimiento del derecho de dominio, con el fin de excluír la posibilidad de esta especie de convenios con el Estado sobre el inmueble objeto de la demanda. Así resulta de lo prescrito en los artículos 5º y 36 del Código de Petróleos, conforme a los cuales "los derechos de los particulares sobre el petróleo de propiedad privada serán reconocidos y respetados como lo establece la Constitución, y el Estado no intervendrá con respecto a ellos en forma que menoscabe tales derechos", por lo cual cuando el Ministerio de Minas y Petróleos, en vista de los documentos que se hayan acompañado al aviso, estime que los hidrocarburos son de propiedad nacional, corresponderá a la Corte resolver definitivamente *si son del Estado o de propiedad particular*.

33. Mas si bien estas razones llevan a la Sala a apartarse del criterio que sobre esta materia había venido predominando en ella, tampoco puede ignorar que el artículo 2º del Decreto número 3050 de 1956 (hoy artículo 32 de la Ley 10 de 1961), al disponer que "el que se considere propietario del petróleo que pueda existir dentro del terreno objeto de la propuesta, deberá demandar a la Nación (...)", circunscribe expresamente el ámbito de la pretensión y de la sentencia que sobre ella decida a los hidrocarburos que se encuentren comprendidos *dentro de los linderos* de la propuesta, por lo que la declaración judicial no podrá extenderse a los subyacentes fuera del respectivo perímetro.

Por este motivo este fallo habrá de recaer únicamente sobre el petróleo comprendido dentro de la propuesta número 440, conforme a lo suplicado en las peticiones subsidiarias de segundo grado, y no sobre el existente o que pueda existir en los predios alinderados en las peticiones principales o de primer grado.

34. También habrá de excluírse, por los motivos expresados en la misma demanda, y a solicitud de la misma parte actora, las tres cuartas partes pro indiviso del petróleo y demás hidrocarburos existentes o que puedan hallarse en el predio comprendido dentro de los siguientes linderos: "Desde la cabecera del caño de Cuatro Botijas, aguas abajo, hasta encontrar con la caja del caño de Las Mulas, faldeando aquélla, hasta llegar al caño del Paso, siguiendo, aguas abajo, hasta encontrar la ciénaga del Burro, y entrando por ésta y tomando el caño de Remanganaguas, hasta hallar la Mata de Pueblo Nuevo, partiendo en dirección a Mata de Gallina, hasta encontrar la cabecera del caño de Cuatro Botijas, donde viene a cerrarse la medida". De modo que la declaración que se hace en la parte resolutiva de este fallo no concierne a dichas tres cuartas partes.

4) Legitimación en la causa y propiedad actual.

35. Extinguido el mayorazgo de Santa Coa, en virtud de lo dispuesto en la ley de 10 de julio de 1824 (166 de la Codificación Nacional), la hacienda Santa Bárbara de las Cabezas pasó al patrimonio de don Francisco de la Cruz Trespalacios Marzán por disposición testamentaria de la última marquesa de aquel título, doña María Ignacia Trespalacios Valdés, quien la había encontrado vinculada a dicho mayorazgo.

Don Francisco de la Cruz Trespalacios Marzán, por su parte, otorgó testamento ante el Notario de Mompós el diez y ocho de enero de mil ochocientos treinta y cuatro, e instituyó herederos universales a sus hijos, Juliana, José Manuel y Oscar Adolfo Trespalacios Cabrales. Fallecidos los dos últimos, los herederos del segundo —Francisco, Oscar Adolfo, Rafael, Juana, Concepción y Julia Trespalacios Paz— adquirieron los derechos de los sucesores de don José Manuel en la sucesión de éste, vinculados en la hacienda Santa Bárbara de las Cabezas y en la de San José de Mata de Indios o la Embocada, adquirida ésta por don Oscar Adolfo Trespalacios Cabrales por compra a Rafael Suárez, según escritura pública número uno, otorgada ante el Notario de Mompós el ocho de enero de mil ochocientos setenta y cinco. Cuanto a los derechos herenciales de doña Juliana Trespalacios Cabrales, en la sucesión de su padre, aunque en la demanda se afirma que fueron también adquiridos por su hermano Oscar Adolfo, ello no aparece establecido en los autos.

A diferencia de la sucesión de don Francisco de la Cruz Trespalacios Marzán, que no se liquidó, en la de don Oscar Adolfo Trespalacios Cabrales sí se llegó a la partición nominal de bienes, pero ésta se hizo de manera defectuosa, pues no se determinaron los inmuebles que de ella fueron objeto. Apenas se los menciona, sin que aparezca debidamente individualizada el área distribuída entre los herederos; y como, por otra parte, no

hay prueba de que en la masa de bienes estuviese comprendida la cuota parte perteneciente a doña Juliana, una subsiguiente partición adicional que se realizó con el objeto de distribuír una tercera parte indivisa de Santa Bárbara de las Cabezas (a más de una cuarta parte también indivisa de San José de Mata de Indios) no hace más eficaz la prueba de esa partición, pues que, como en repetidas ocasiones ha dicho la Corte, la adjudicación o hijuela en partición nominal de bienes no es prueba suficiente del dominio si no va acompañada del título de adquisición del causante. Agréguese a lo anterior la circunstancia de que con posterioridad se omitió la liquidación de otras herencias deferidas después de la de don Oscar Adolfo Trespalacios Cabrales, y se comprenderá por qué no sería dable acoger las peticiones principales de la demanda sin entrar a partir virtualmente una serie de sucesiones que han debido serlo por la vía del juicio sucesorio, sin que sea el trámite del ordinario que ante la Corte se sigue sobre propiedad privada de hidrocarburos el adecuado para ello.

De manera que, si bien en la causa se halla suficientemente acreditada la legitimación de los demandantes como copartícipes en las herencias de don Francisco Trespalacios Marzán y don Oscar Adolfo Trespalacios Cabrales, con derechos vinculados en ambos inmuebles, con el certificado del Registro Público y las hijuelas correspondientes, en unos casos, y en otros con las respectivas actas de estado civil, la propiedad actual corresponde a las sucesiones ilíquidas de los expresados causantes, y así habrá de declararse conforme a lo solicitado en las peticiones subsidiarias de tercer grado formuladas en la demanda.

Consiguientemente, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

Primero. Salieron del patrimonio del Estado antes del veintiocho de octubre de mil ochocientos setenta y tres, y, en consecuencia, son de propiedad particular y pertenecen a la sucesión ilíquida de don Francisco de la Cruz Trespalacios Marzán, el petróleo y demás hidrocarburos que existen en la parte o porción del globo de terreno denominado Santa Bárbara de las Cabezas, comprendida dentro del área de la propuesta para la exploración y explotación de petróleos formulada al Ministerio del ramo por Walter K. Link, registrada en ese Ministerio con el número cuatrocientos cuarenta, o sea en la porción de la hacienda mencionada, comprendida entre los siguientes linderos: Desde la confluencia del río Ariguaní en el río Cesar, Ariguaní arriba, por el caño de Iguana, hasta la ciénaga del Burro; de ésta, por el caño de Remanganaguas, hasta la Mata de Gallina; de este punto a las cabeceras del caño de Cuatro Botijas; por éste, aguas abajo, hasta el caño de El Paso; por éste, aguas arriba, hasta el punto donde lo corta la línea C-D, o sea el lindero norte de la propuesta formulada por Link; por esta línea hasta donde ella llega al actual río Ariguaní, en un punto situado un poco abajo de donde se separa de su antiguo cauce; y de este punto, por el río Ariguaní, aguas abajo, hasta su confluencia con el río Cesar.

Parágrafo. No concierne esta declaración a las tres cuartas partes pro indiviso del petróleo y demás hidrocarburos existentes o que puedan hallarse en el predio comprendido dentro de los siguientes linderos: "Desde la cabecera del caño de Cuatro Botijas, aguas abajo, hasta encontrar con la caja del caño de Las Mulas, faldeando aquélla, hasta llegar al caño del Paso, siguiendo aguas abajo, hasta encontrar la ciénaga del Burro, y entrando por ésta y tomando el caño de Remanganaguas, hasta hallar la Mata de Pueblo Nuevo, partiendo en dirección a Mata de Gallina, hasta encontrar la cabecera del caño de Cuatro Botijas".

Segundo. Salieron del patrimonio del Estado con anterioridad al veintiocho de octubre de mil ochocientos setenta y tres, y consiguientemente son de propiedad particular y pertenecen a la sucesión ilíquida de don Oscar Adolfo Trespalacios Cabrales, el petróleo y demás hidrocarburos que se encuentren o puedan encontrarse en la parte o porción del globo de terreno denominado San José de Mata de Indios o la Embocada, comprendida dentro de los linderos generales de la propuesta de contrato para la exploración y explotación de petróleos formulada al Ministerio del ramo por Walter K. Link, registrada en ese Ministerio con el número cuatrocientos cuarenta, o sea en la porción de terreno que a continuación se describe: Desde la confluencia del río Ariguaní en el río Cesar, por este río, en dirección norte, hasta el punto C de la propuesta formulada por Walter K. Link (440); de este punto en dirección occidental, por la línea recta imaginaria que sirve de lindero norte a la expresada propuesta, hasta el punto donde esta línea corta el caño de El Paso o de las Mulas; por este caño hasta el de Cuatro Botijas; por el caño de Cuatro Botijas, aguas arriba, hasta sus cabeceras; de aquí a la Mata de Gallina; de ésta, en línea recta,

al caño de Remanganaguas; por éste, aguas abajo, hasta el caño de Iguana o río Ariguaní, y por éste, aguas abajo, hasta su confluencia con el río Cesar.

Tercero. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, el Gobierno deberá excluír del contrato propuesto el petróleo y demás hidrocarburos que se encuentren en las áreas o porciones que en este fallo se reconocen como de propiedad particular.

Publíquese, notifíquese, cópiese, envíese copia al Ministerio de Minas y Petróleos, insértese en la *Gaceta Judicial,* y archívese el expediente.

Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano.

El Secretario, *Jorge García Merlano.*

ADVERTENCIA

A más de los fallos anteriores, la Sala de Negocios Generales, en los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1962, profirió también los que se relacionan a continuación, y que no se publican por falta de espacio.

Responsabilidad civil extracontractual de la Nación. Bases para la liquidación de los perjuicios materiales. Perjuicios morales subjetivos. Con fecha 11 de septiembre de 1962 la Corte confirma la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio adelantado por Olegario Ardila contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau.

Reclamación contra la Nación por supuesta pérdida de mercancías en las aduanas. Con fecha 13 de septiembre de 1962 la Corte confirma la sentencia apelada del Tribunal Superior de Barranquilla, dictada en el juicio seguido por el apoderado judicial de la sociedad Fábrica de Grasas y Productos Químicos Ltda. (Grasco) contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau.

Acción sobre propiedad privada del subsuelo petrolífero. No se comprobó en el caso de autos que los predios hubieran salido del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873. Con fecha 17 de septiembre de 1962 la Corte declara infundada la oposición formulada por Heriberto Lemcke a la propuesta número 878, con relación al subsuelo petrolífero de los predios "Maya", "El Diluvio" y "Cubanuba", y absuelve a la Nación de los cargos de la demanda. Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau.

Mandamiento de pago ejecutivo. Con fecha 16 de octubre de 1965 la Corte revoca el auto apelado, proferido por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio que contra el señor Carlos Silva Reinel adelantó el doctor Luis E. Bonilla Plata, como apoderado del Departamento del Valle del Cauca. Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau.

Acción de dominio del subsuelo petrolífero. Dictamen pericial e inspección ocular. Deficiencias probatorias del juicio. Con fecha 20 de octubre de 1962 la Corte declara infundada la oposición que respecto al predio "Puente Alcantuz" o "El Pozo", formuló el señor Hernán Salamanca Umaña a la propuesta número 558, hecha por la Texas Petroleum Company, y, en consecuencia, se absuelve a la Nación de los cargos de la demanda. Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau.

Acción de dominio privado del subsuelo petrolífero. Indeterminación de las tierras salidas del patrimonio nacional. Alegación subsidiaria con fundamento en la justa prescripción. Detenido examen de pruebas. Con fecha 23 de octubre de 1962 la Corte deniega las peticiones formuladas a la demanda que la sociedad "Víctor A. Gómez y Cía." adelantó en juicio ordinario contra la Nación, y, en consecuencia, absuelve a ésta de los cargos formulados. Magistrado ponente, doctor Luis Carlos Zambrano.

Petróleos. Notificación de la demanda. Con fecha 9 de noviembre de 1962 la Sala niega la reposición del auto de fecha 27 de junio de este año, por medio del cual se ordenó notificar personalmente la providencia al representante de la sociedad concesionaria de petróleo Shell-Cóndor. Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña.

Acción de dominio privado del subsuelo petrolífero. Capacidad para ser parte y capacidad procesal. Presupuesto procesal de demanda en forma. Falta de comprobación de uno de los fun-

damentos esenciales para la prosperidad de esta clase de acciones. Con fecha 13 de noviembre de 1962 la Sala declara infundadas las oposiciones que Josefina Gómez de Rodríguez y otros hicieron a la propuesta para explotar petróleos de propiedad nacional formulada al Gobierno por la Morrea Petroleum Co. Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau.

Acción de dominio privado del subsuelo petrolífero. Falta de títulos. Falta de identificación de los predios. Con fecha 19 de noviembre de 1962 la Sala confirma la sentencia absolutoria proferida por el Tribunal Superior de Cartagena a favor de la Nación, en el juicio adelantado por Ernesto Olivares Peláez, Carmen Corrales de De la Rota y otros. Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña.

Indemnización de perjuicios a cargo de la Nación por el saqueo de mercancías depositadas en las bodegas de las aduanas. Con fecha 27 de noviembre de 1962 se confirma la sentencia de fecha 1º de febrero de 1962 proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el juicio adelantado por Marco A. Pico contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña.

Acción de dominio privado del subsuelo petrolífero. Exigencias legales relacionadas con la determinación de los predios litigiosos. Examen y recuento de los documentos y títulos allegados. Deficiencias probatorias. Con fecha 7 de diciembre de 1962 la Sala niega las peticiones de la demanda ordinaria promovida por la compañía "Haciendas de Terrenos Tibanita Limitada", y absuelve a la Nación de los cargos formulados. Magistrado ponente, doctor Luis Carlos Zambrano.

Reclamación de perjuicios contra una entidad de derecho público. Falta de ligitimación en causa. La demandante no demostró ser titular de la acción ejercitada. Con fecha 14 de diciembre de 1962 se confirma la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Popayán, en el juicio ordinario de mayor cuantía promovido por Marina Casas de Cifuentes contra el Departamento del Cauca. Magistrado ponente: doctor Carlos Peláez Trujillo.

OTRAS SENTENCIAS NO PUBLICADAS

La Sala de Negocios Generales de la Corte dictó también durante el mes de junio de 1962 las sentencias que se enumeran a continuación, en las cuales se absolvió a la Nación de los cargos formulados en las respectivas demandas, y que no se publican en la Gaceta en consideración a su falta de interés doctrinario.

No.	*Demandante*	*Demandado*	*Fecha*	*Magistrado Pon.*
1º	Rafael E. Díaz G. y otros	La Nación	Junio 1º/62	Doctor Peláez T.
2º	Adolfo Corredor M.	" "	" 1º "	Doctor Osejo P.
3º	Mercedes N. de López	" "	" 6 "	Doctor Peláez T.
4º	Matías Herrera	" "	" 6 "	Doctor Zambrano.
5º	Sara M. Forero de Forero	" "	" 8 "	Doctor Zambrano.
6º	Seminario Conc. de Tunja	" "	" 12 "	Doctor Peláez T.
7º	Elvira Azula de Salgado	" "	" 12 "	Doctor Osejo P.
8º	Mercedes D. v. de Amaya	" "	" 14 "	Doctor Osejo P.
9º	María C. Alvarez y otro	" "	" 14 "	Doctor Osejo P.
10.	Alberto Kling	" "	" 14 "	Doctor Zambrano.
11.	María Fca. U. de Carrasco	" "	" 14 "	Doctor Osejo P.
12.	Belisario Riaño Rincón y otro	" "	" 18 "	Doctor Osejo P.
13.	María L. Brigard de Pizano	" "	" 18 "	Doctor Osejo P.
14.	Cipriano Rojas G.	" "	" 18 "	Doctor Peláez T.
15.	Hernando Rey Matiz	" "	" 18 "	Doctor Zambrano.
16.	Adolfo Corredor Medina	" "	" 28 "	Doctor Peláez T.

INDICE

SALA PLENA

Págs.

Moción de duelo aprobada en Sala Plena con motivo del fallecimiento del ex-Magistrado de la Corte, señor doctor Néstor Pineda.—Sesión de 8 de noviembre de 1962 3

Moción de condolencia aprobada en Corte Plena con motivo del fallecimiento de la señora Antonina Guarnizo vda. de Bravo.—Sesión de fecha 8 de noviembre de 1962 3

Proposición aprobada en Corte Plena con motivo del fallecimiento de la señora Isabel Forero de Posada.—Sesión de fecha 8 de noviembre de 1962 4

Moción de duelo aprobada en Sala Plena con motivo del fallecimiento del Magistrado de la Corte, señor doctor Angel Martín Vásquez Abad.—Sesión de fecha 6 de diciembre de 1962 4

Inadmisibilidad de una demanda de inexequibilidad formulada por el Procurador General de la Nación.—Atribuciones constitucionales y legales de este alto funcionario.—Presupuestos del juicio y presupuestos de la acción. Necesidad de la presencia de los presupuestos para el pronunciamiento de mérito.—Oportunidad en que el Juez debe pronunciarse sobre este punto.—Cuáles deben tenerse en cuenta para admitir la demanda.—Juicios de inexequibilidad y aplicabilidad a ellos, de los principios relacionados con los presupuestos de la acción y del juicio.—2. Competencia limitada de los funcionarios judiciales.—Funciones que la Constitución y la Ley fijan al Procurador General de la Nación.—No existe posibilidad alguna de que el Agente del Ministerio Público pueda actuar en asuntos de derecho privado por iniciativa propia.—Cuando el Ministerio Público interviene en juicio, no actúa en calidad de parte en defensa de un interés personal sino como portador de la voluntad del sujeto de la litis.—En cuanto al proceso constitucional, por inexequibilidad, la intervención del Procurador se reduce a que la Corte oiga su concepto sobre la demanda promotora del juicio.—El Procurador no puede ser sujeto activo de la acción de inexequibilidad.—3. Debe desecharse la posibilidad de que el Procurador pueda hacer uso de la acción de inexequibilidad como simple ciudadano. La Constitución priva temporalmente a ciertos funcionarios de los derechos políticos en todo o en parte, sin que por ello pierdan la calidad de ciudadanos.—Objeto de la acción de inexequibilidad.—El ejercicio de esta acción es en el fondo un derecho político que admite restricciones.—4. Las obligaciones que tiene el Procurador de defender los intereses de la Nación y promover la ejecución de las leyes, bien pueden cumplirse sin ejercer la acción de inexequibilidad.—5. Inadmisibilidad de la acción de inexequibilidad cuando es ejercida por el Procurador General de la Nación.—Por providencia de 23 de noviembre de 1962, la Sala Plena de la Corte resuelve que es inadmisible la demanda formulada por el Procurador General de la Nación, para que se declaren inexequibles los artículos 5º (literal b), 7º (inciso 1º y parágrafos primero y segundo), 8º, 9º, 10, 11, 12, 13 y 14, de la Ley 48 de 1962, "por la cual se fijan unas asignaciones, se aclara la Ley 172 de 1959 y se dictan otras disposiciones".—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 5

CASACION CIVIL

Responsabilidad civil extracontractual.—Relación de causalidad entre la culpa y el daño. Causal 2ª de casación.—Se reitera la doctrina referente a que en casación no proceden los cargos subsidiarios.—Por sentencia de 4 de septiembre de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el ordinario sobre indemnización de perjuicios

Págs.

ocasionados por la destrucción de unas hectáreas de bananos, promovido por Eduardo Pardo contra Ismael Alberto Noguera.—Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco. 14

Referencia del Derecho Civil al Derecho Canónico en materias matrimoniales.—Privilegios en favor de la fe.—Por sentencia de 8 de septiembre de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre nulidad de un matrimonio civil promovido por Hans Walter Ossen Kruger contra Lore Isaac Abraham.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 20

Salvamento de voto del Magistrado, doctor Enrique López de la Pava en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice 30

Suspensión del pronunciamiento civil por incidencia penal.—Es al Juez y no a las partes, aunque alguna de éstas tome la iniciativa, a quien corresponde calificar si se ha presentado un hecho que pueda considerarse como delito perseguible de oficio, y si la decisión penal puede influir en la sentencia civil.—Ingreso de pruebas al proceso.—La escritura pública. — Discrecionalidad del sentenciador para apreciar el daño moral subjetivo.—Por sentencia de 10 de septiembre de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre indemnización de perjuicios materiales y morales por culpa aquiliana, promovido por Aura Camelo vda. de Ballesteros y otros contra Alejandro Londoño Escobar.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 41

Recusación de Magistrados de Tribunal Superior.—Quién debe resolver las apelaciones de los autos que deciden estos incidentes cuando se proponen en el segundo grado del juicio. Por providencia de 18 de septiembre de 1962, se inhibe la Sala de Casación Civil de resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto que decidió el incidente sobre recusación de un Magistrado, propuesto en el juicio ejecutivo de Carlos Saúl Goyeneche contra Ciro Enrique Goyeneche.—Magistrado ponente, doctor Enrique López de la Pava... .. 46

Sociedad conyugal.—Disolución.—Legitimación del cónyuge supérstite para entablar la acción que impida el fraude o menoscabo de sus derechos.—Concepto de parte.—Se reitera la doctrina acerca de los requisitos necesarios para ejercitar varias acciones en una misma demanda.—Por sentencia de 19 de septiembre de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el ordinario sobre simulación de un contrato de compraventa promovido por Celmira Torres vda. de Barrero contra José Vicente Arteaga.—Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco... ... 48

Partición.—Pérdida del interés jurídico para atacar en casación el nuevo trabajo partitivo.—Por sentencia de 24 de septiembre de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el sucesorio de Julio Garzón Nieto.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón 54

Parcialidades o Resguardos de Indígenas.—Su régimen.—Historia y alcance socio-jurídico. Función social de tales bienes.—Legislación de indígenas.—Las Parcialidades de indígenas.—Modo de adquirir en general, en lo referente a las tierras de las Parcialidades.—Accesión, ocupación, tradición y sucesión por causa de muerte.—Prescripción del dominio de las tierras de Resguardos.—Son imprescriptibles.—Posibilidad de ser usucapidas hayan sido o no entregadas en usufructo a los miembros de la comunidad.—Situación jurídica del indígena miembro de una Parcialidad.—Caracteres de la Comunidad de los terrenos de Resguardos.—Por sentencia de 24 de septiembre de 1962, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el ordinario reivindicatorio promovido por el Cabildo de Indígenas de Ipiales contra Isaías Reina y otros.—Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R. 59

Presupuestos procesales.—Competencia. — Prorrogable e improrrogable.—Por providencia de 4 de octubre de 1962, se ordena devolver al Tribunal Superior de Buga para que proceda a dictar sentencia de fondo, el ordinario sobre resolución de un contrato de compraventa promovido por Antonio J. Restrepo Peláez contra Flor de María García de Arias y otros.—Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco 76

La herencia.—Título y modo.—Posesión legal, posesión efectiva y acto legal de partición. Reivindicación de cuota.—Por sentencia de 4 de octubre de 1962, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el ordinario reivindicatorio promovido por Julio Daniell contra Candelaria Pájaro de Pedraza.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 80

Págs.

Sociedad conyugal.—El artículo 1781 del C. Civil que señala los bienes que entran a formar el patrimonio o haber de la sociedad conyugal, continúa vigente.—Causal 6ª de casación. Técnica de la demanda.—Diferencia fundamental entre el error de hecho y el de derecho. Por sentencia de 4 de octubre de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el ordinario sobre simulación de un contrato de compraventa promovido por Alicia Botero de Angel, en representación de la sociedad conyugal formada con el doctor Clímaco Angel Mejía contra Guillermo Aguilar Delgado.—Magistrado ponente, doctor Arturo C. Posada 85

Prescripción agraria.—Su naturaleza económico-jurídica.—La inspección ocular como prueba de la identidad en la acción reivindicatoria. Por sentencia de 10 de octubre de 1962, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Neiva en el ordinario reivindicatorio promovido por Adán Tello Melgar contra Nicolás Oyola.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 95

Riesgo.—La Corte descartó de su doctrina la teoría del "riesgo creado".—Por sentencia de 11 de octubre de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Buga en el ordinario sobre indemnización de perjuicios ocasionados por la pérdida de un brazo en accidente de tránsito, promovido por Pedro Pablo Martínez Villamil contra Martín Castrillón R. Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco 101

Actos administrativos.—Fuero de las acciones a que éstos pueden dar lugar.—Nulidades. Incompetencia de jurisdicción.—Caso del ejercicio de varias acciones.—Causal 2ª de casación.—Mínima petita.—*Contratos administrativos.—Formalidades especiales requeridas para su validez.—Bienes Municipales.—Condiciones necesarias para la enajenación de éstos.*—Por sentencia de 11 de octubre de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario reivindicatorio promovido por Nicolás Vanegas contra el Municipio de Quipile.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón 104

Nulidad absoluta.—Presupuestos indispensables para la declaración oficiosa de ésta.—Venta de especies en litigio.—Por sentencia de 17 de octubre de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Buga en el ordinario sobre oposición a la adjudicación de un terreno baldío, promovido por Alfonso Giraldo contra Blanca Cecilia Morales de Potes y otros.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón 113

Escrituras Públicas.—Hechos de que dan fe. Causal 6ª de casación.—Por sentencia de 17 de octubre de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el ordinario sobre nulidad de un contrato de venta promovido por María Laura García vda. de Perlaza contra Vicente García Tenorio y otros.—Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R. ... 117

Posesión.—Proponer o alegar una excepción implica el mismo acto procesal y el mismo efecto.—Por sentencia de 17 de octubre de 1962, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Buga en el ordinario reivindicatorio promovido por Samuel Peñaranda, contra Clelia Alvarado de Tascón.—Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R. 126

La violencia generalizada como vicio del consentimiento.—No se confunde con la lesión de ultramitad.—Son los hechos la causa eficiente de la acción.—Por sentencia de 17 de octubre de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el ordinario sobre lesión enorme, adelantado por Antonio Sánchez contra el Presbítero doctor Camilo Trujillo.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 131

Acción de pertenencia.—Legitimación en causa. El transcurso del tiempo no muda la tenencia en posesión.—El derecho vitalicio de habitación es apenas tenencia.—Por sentencia de 18 de octubre de 1962, no se casa la proferida por por el Tribunal Superior de Medellín en la acción de pertenencia promovida por Dolores Becerra vda. de Montes contra la sucesión de Francisco Antonio Alvarez.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez ... 139

Actos de comercio.—Con fecha 25 de octubre de 1962, la Corte, en desarrollo de la casación proferida con fecha 31 de mayo de 1961, dicta fallo de instancia en el ordinario de lesión enorme en un contrato de dación en pago, promovido por Julio Medina R. contra Celio Villalba.—Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R. 144

Nulidad.—Como sanción, debe estar expresamente contemplada.—Causal 1ª de casación. Qué consagra.—Violación directa de la ley

Págs.

material.—Sustentación del cargo.—Filiación natural.—Es inconducente alegar aplicación indebida de los artículos 4º y 5º de la Ley 45 de 1936. — Prueba testimonial. — Condiciones del ataque a la apreciación hecha por el Tribunal.—Por sentencia de 26 de octubre de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el ordinario de filiación natural promovido por Carmen Rosa Rivera C. contra Emilia Pareja y otros.—Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco 148

Acción de recobro.—Cumplimiento de la carga impuesta en reivindicación a quien tiene el objeto en sus manos, sin ser el poseedor.—Por sentencia de 8 de noviembre de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el ordinario reivindicatorio promovido por Félix Antonio o Feliciano Morales contra Reinaldo Gutiérrez.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 153

Acción reivindicatoria.—Su objeto.—El hecho de la posesión hace presumir el derecho.—Por sentencia de 13 de noviembre de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el ordinario reivindicatorio promovido por Daniel Morales y otros contra Pedro Antonio Morales.—Magistrado Ponente, doctor José J. Gómez R. 156

Fuerza mayor.—Elementos constitutivos como hecho eximente de responsabilidad contractual o extracontractual.—No se halló acreditada la fuerza mayor o caso fortuito que impidiera la devolución de un expediente recibido para contestar la demanda de casación.—Por providencia de 13 de noviembre de 1962, así lo considera la Corte al decidir la articulación ordenada por el artículo 384 del C. Judicial, en relación con el ordinario sobre resolución de un contrato de compraventa promovido por María de Jesús Díez Vélez contra Gabriel Junca Ospina.—Magistrado ponente, doctor Arturo C. Posada 163

Fuerza mayor.—Como virtud exonerativa de responsabilidad.—Sanciones de carácter procesal por la no devolución de un expediente. Por providencia de 29 de abril de 1963, no se repone la providencia de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice.—Magistrado ponente, doctor Arturo C. Posada. 166

Tradición.—Su alcance.—Por sentencia de 15 de noviembre de 1962, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Buga en el ordinario reivindicatorio promovido por Carmen Tulia González de Lozano contra Eloy María Rodríguez.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 171

Filiación natural.—La Corte reafirma la doctrina consistente en que la acción de filiación natural puede proponerse contra el padre mientras viva, y muerto, contra sus herederos.—Efectos de estas sentencias.—La calidad de heredero puede también probarse en juicio con la copia del reconocimiento hecho en el de sucesión.—Por sentencia de 15 de noviembre de 1962, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Neiva en el ordinario sobre filiación natural promovido por Roberto Torres y otro contra la sucesión de Juan de Dios Rincón.—Magistrado ponente, doctor Enrique López de la Pava 175

Salvamento de voto del Magistrado, doctor José Hernández Arbeláez en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice 180

Simulación de una compraventa. — Donación. Interpretación del artículo 1934 del C. Civil. Causal 1ª de casación.—No puede operar a la vez por violación directa, por indebida e interpretación errónea.—Error de derecho. Condiciones que debe llenar el cargo.—La apreciación de indicios es materia del resorte autónomo del Tribunal.—Por sentencia de 21 de noviembre de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el ordinario sobre simulación de un contrato de venta promovido por Jaime Londoño Díaz contra Joaquín Velásquez Ocampo y otros.—Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R. 183

Prescripción adquisitiva del dominio.—Interpretación de los artículos 2358 y 2356 del C. Civil.—Como lo ha reiterado la jurisprudencia, la posesión inscrita no existe en la legislación colombiana. — Registro de la partición de bienes de una sucesión y de la sentencia que la aprueba.—Acto celebrado a nombre de otro.—Naturaleza jurídica.—Por sentencia de 21 de noviembre de 1962, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el ordinario reivindicatorio promovido por Arsenia Piedrahita vda. de Jaramillo contra Heliodoro Llano.—Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R. 188

Certificados del Registrador.—Los del artículo 2640, ord. 4º del C. Civil sobre vigencia y suficiencia de un título, no se requieren para probar el dominio en los juicios reivindicato-

Págs.

rios de inmuebles.—Por sentencia de 21 de noviembre de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en el ordinario (acumulado) reivindicatorio promovido por Pastor H. Flórez contra María de Jesús Santamaría y otros, y de Gerardo López C. contra Faustino Rincón y otros.—Magistrado ponente, doctor Arturo C. Posada 197

Prueba de hechos que informan una situación de tracto sucesivo.—Error de hecho.—Obligaciones del recurrente en la formulación del cargo.—Casación.—En el recurso no es de recibo la crítica global del problema probatorio. Por sentencia de 26 de noviembre de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre filiación natural, petición de herencia y restitución promovido por María Benita Suárez en nombre de Guillermo Suárez contra María Isabel Aguilar Salgado de Mejía y otros.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón ... 206

Minas.—Prospectación, exploración o explotación.—Obligaciones del minero y del dueño de la tierra, o colono o cultivador de baldíos.—Aviso al propietario de la tierra sobre la explotación de una mina.—Por sentencia de 30 noviembre de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario sobre indemnización de daños causados por la perturbación o despojo de la posesión de una mina, adelantado por la Sociedad Ordinaria de Minas Nelly Mar contra Emilia Santamaría vda. de Vélez y otra.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 215

Rescisión de la compraventa.—Legitimación pasiva en causa.—La agencia oficiosa.—Acción y pretención.—Por sentencia de 6 de diciembre de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre nulidad de un contrato de compraventa adelantado por Cesáreo Espinosa y otra contra María de Jesús Argaña Enciso y otra.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 221

Demanda.—El Juez no puede darle al pedimento un sentido distinto al claramente resultante del libelo.—Por sentencia de 7 de diciembre de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el ordinario sobre vigencia del registro de unas acciones y pago de los dividendos, adelantado

Págs.

por Alberto Parada contra "Taxi Aéreo de Santander Taxader S. A.".—Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón 226

Cuenta Corriente.—Sólo en los cortes de la cuenta cabe determinar quién debe a quién y cuánto.—Por sentencia de 7 de diciembre de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario sobre pago de una suma de pesos por causa de operaciones mercantiles, promovido por Fabio Naranjo contra Enrique Rojas M.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón ... 232

Certificado de los Notarios.—Valor probatorio de los que expidan sobre inexistencia en los libros de una partida de estado civil y sobre la falta de un documento en el protocolo notarial.—Por sentencia de 7 de diciembre de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre nulidad de un juicio de sucesión adelantado por María del Rosario Ruíz Caro y otro contra Luis Hernán Vanegas y otros.—Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R. 237

Buena y mala fe.—La ausencia de título no permite generalmente presumir la buena fe.—Por sentencia de 7 de diciembre de 1962, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali en los juicios acumulados de pertenencia, uno, promovido por "Centro Pro-vivienda Manuel María Barona" con la oposición de Julio Garrido C. y otro; y de reivindicación, otro, de los nombrados, Garrido contra dicha entidad y otros.—Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R. 242

Suspensión del juicio.—Ocurrencia de la necesaria y de la facultativa.—En el juicio de filiación natural, como en todas las acciones judiciales, la suspensión debe pedirse por medio de abogado inscrito.—Por sentencia de 7 de diciembre de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Buga en el ordinario sobre filiación natural promovido por Carmen Emilia Ramírez, en representación de sus menores hijas: Clara Rosa Ramírez y otras, contra la sucesión de Félix Antonio Gutiérrez G.—Magistrado ponente, doctor Arturo C. Posada 252

Sentencia inhibitoria.—Obedece a la falta de elementos estructurales del proceso.—Interpretación de la demanda.—Autos para mejor proveer.—Venta de cosa ajena.—Por sentencia de 13 de diciembre de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín

Págs.

en el ordinario reivindicatorio adelantado por Ernesto Antonio Yepes Pineda y otro contra la Sociedad "Restrepo Arango Ltda.".—Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco 256

Contratos de juego y apuesta.—("Concurso del 5 y 6").—Naturaleza y efectos jurídicos.—La igualdad de probabilidades o de riesgos entre los contratantes, es regla inherente a su naturaleza aleatoria.—Responsabilidad del deudor por incumplimiento de sus obligaciones.—Modificación excepcional de las reglas generales al respecto.—Elementos constitutivos del caso fortuito.—Inspectores de juegos.—Alcance de sus decisiones en asuntos jurídicos.—Historia y examen de las cláusulas del reglamento del "Concurso del 5 y 6".—La cláusula 6ª no es oponible a los apostadores cuando la no llegada de sus formularios a las oficinas del "5 y 6" se debe a hecho culposo imputable a la Sociedad "Hipódromo de Techo".—Por sentencia de 13 de diciembre de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre pago del valor de un formulario acertado del "Concurso del 5 y 6", promovido por Efraín del C. González contra "Hipódromo de Techo S. A.".—Magistrado ponente, doctor Enrique López de la Pava ... 269

Posesión.—La inscripción de los instrumentos de adquisición en el Registro Público, carece de significado posesorio. — Títulos registrados. Testimonios sospechosos.—Autonomía del juzgador en la apreciación.—Por sentencia de 19 de diciembre de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario reivindicatorio promovido por Augusto Escobar Betancur contra Marina Agudelo de Díez.—Magistrado ponente doctor José J. Gómez R. 284

Simulación, resolución o rescisión.—En tratándose de cualquiera de estas acciones, los herederos de quien contrató en vida, están legitimados en causa para incoarlas.—Rescisión por lesión enorme.—Ejercicio de esta acción cuando sólo se ha vendido parte de la cosa.—Por sentencia de 19 de diciembre de 1962, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en los ordinarios acumulados sobre simulación y lesión enorme en un contrato de venta, promovido por José Tomás Romero y otro contra Jesús Agudelo y otro.—Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R. 288

SALA DE CASACION PENAL

Técnica del recurso de casación.—Ordinales 2º y 5º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.—Con fecha del 1º de septiembre de 1962, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, que condenó a Leonidas Cardona Giraldo, como responsable del delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres 296

Delito de falso testimonio.—Errada interpretación de los hechos o indebida apreciación de los elementos probatorios aportados al proceso. Con fecha 1º de septiembre de 1962, la Corte invalida el fallo recurrido del Tribunal Superior de Manizales, que condenó a Félix Antonio Vargas Cardona, como responsable del delito de falso testimonio.—Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A. 299

Homicidio con características de asesinato y robo.—Interpretación del veredicto.—Invocación de las causales cuarta, tercera y primera de casación penal.—Con fecha 12 de septiembre de 1962, la Corte no casa la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, por medio de la cual fue condenado Alcides Orlando Ospina Rivillas, como responsable de los delitos de homicidio (asesinato) y robo.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 304

Homicidio preterintencional cometido en estado de ira.—Interpretación del veredicto.—Examen de circunstancias atenuantes.—Grave e injusta provocación de la víctima.—Violación de la ley penal por errónea interpretación. Causal primera de casación penal.—Con fecha 13 de septiembre de 1962, la Corte invalida parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, mediante la cual condenó a Lisandro Prieto Barrera por el delito de homicidio. — Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria 311

Delito de contrabando.—Valoración de pruebas para confrontación de hechos sustanciales. Arbitrio que la Ley concede al juzgador.—Criterios equivocados y erróneos.—Calidad de empresas privadas de transporte aéreo y de servicio público.—No hubo violación de la ley por la renuencia del Tribunal de Aduanas al no ordenar el decomiso de la aeronave que transportó la mercancía de contrabando.—Efectos jurídicos procesales del Decreto 3134 de 1952. La inexequibilidad del Decreto 700 de 1954. La declaratoria de inexequibilidad no deroga

Págs.

la ley acusada, sino que declara la imposibilidad jurídica de que se mantenga un ordenamiento obligatorio. — Prueba circunstancial. El carácter armónico y coordinado de los indicios incide en su fuerza probatoria.—Condena condicional.—Con fecha 15 de septiembre de 1962, la Corte no invalida el fallo del Tribunal Superior de Aduanas, que condenó a Horacio Gómez Ruiz, como responsable del delito de contrabando. — Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A. 317

Garantía del derecho de defensa del sindicado. Objetivos primordiales del proceso penal. Causal cuarta de casación.—Con fecha 18 de septiembre de 1962, la Corte casa la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, por la cual condenó a Juan de la Cruz Arias Trujillo, Mario o Mariano Antonio Rubio Barragán y Maximiliano Rubio Céspedes, por homicidio.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 334

Error en la apreciación de las pruebas.—Causales primera y segunda de casación penal. Con fecha 18 de septiembre de 1962, la Corte invalida parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, proferida en la causa adelantada a Argemiro Ruiz, como responsable del delito de lesiones personales.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 337

Error de derecho.—Nulidad supralegal en proceso por delito de estafa, por conculcar sustancialmente el derecho de defensa del acusado.—Causal cuarta de casación penal.—Con fecha 19 de septiembre de 1962, la Corte invalida el fallo acusado, proferido por el Tribunal Superior de Cali, por medio del cual condenó a Aurelio Henao Jaramillo, por el delito de estafa.—Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta 342

Derecho de Defensa.—Formalidades del juzgamiento. — Asistencia jurídica al sindicado. Entre las formas propias del juicio penal son de extraordinaria importancia aquéllas que se refieren al efectivo ejercicio del derecho de defensa.—Objetivos primordiales del proceso penal.—Con fecha 20 de septiembre de 1962, la Corte casa la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, que condenó a Manuel Jaramillo Urrego por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 348

Págs.

Prevaricato.—Con fecha 20 de septiembre de 1962, la Corte sobresée definitivamente en favor de los Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla, doctores Gilberto Hoyos Ripoll y Luis Felipe Palacio, por presuntos delitos de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones como tales.—Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A. 352

Colisión de competencia negativa suscitada entre jueces penales de circuito.—Competencia por razón del territorio. — Interpretación y aplicación del artículo 57 del C. de P. P.—Con fecha 20 de septiembre de 1962 la Sala dirimió la suscitada entre los Juzgados de Circuito de Puerto Tejada (Cauca) y Palmira (Valle).—Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A. 365

Homicidio en la modalidad de preterintencional Técnica de la demanda.—La causal primera solo puede prosperar cuando la violación de la ley es susceptible de ser demostrada mediante raciocinio directo.—Con fecha 22 de septiembre de 1962, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto por el Fiscal del Tribunal Superior de Tunja contra la sentencia de esa misma Corporación, que condenó a Servando Mendoza Lozano, como responsable del delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres 368

Garantía del derecho de defensa del procesado. Ausencia de defensa técnica del acusado.—El proceso como garantía de justicia para el individuo y la sociedad.—Defensa material y defensa formal.—No cabe confundir en el proceso al Ministerio Público con el defensor.—La validez de la causal cuarta de casación no se condiciona a la culpabilidad o no culpabilidad del agente del delito.—Nulidad del proceso cuando se desconoce el derecho de defensa del acusado.—Con fecha 28 de septiembre de 1962, la Corte invalida la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, proferida en la causa contra Rómulo Moreno Viuche, por el delito de homicidio. — Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria 371

Revisión.—Naturaleza y fines de este recurso. Alcance de los hechos nuevos o de las pruebas nuevas para evidenciar la inocencia del condenado.—Con fecha 3 de octubre de 1962, la Corte niega el recurso extraordinario de revisión de la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Popayán contra Inocencio Balanta Villegas.—Magistrado ponente doctor Angel Martín Vásquez A. 378

Págs.

Nulidades.—No toda irregularidad o vicio procesal conlleva la existencia de una nulidad supralegal.—Nulidades legales por falta de notificación personal. — Interpretación de las causales de nulidad.—La observación por facultativos no es de obligatoria aplicación para todos los sindicatos.—Causal 1ª de casación penal.—El motivo fútil y la peligrosidad del agente del delito.—Con fecha 3 de octubre de 1962, la Corte no invalida la sentencia del Tribunal Superior de Pereira que condenó a Gohar Hoyos Sánchez, como responsable del delito agravado de homicidio (asesinato). Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 387

Homicidio.—Error manifiesto en la apreciación de los hechos.—Indicio incriminatorio.—Condiciones para la existencia de indicios.—Con fecha 9 de octubre de 1962, la Corte invalida la sentencia del Tribunal Superior de Manizales que condenó a Manuel Adán Arias Agudelo por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 397

Colisión de competencia entre autoridades de la justicia penal militar.—Cuando varias autoridades militares tienen jurisdicción sobre un mismo territorio, es juez competente el designado por el Comandante General de las Fuerzas Militares.—Con fecha 19 de octubre de 1962, la Corte se abstiene de resolver la colición de competencia suscitada entre el Comandante de la Sexta Brigada del Ejército Nacional con sede en Ibagué y el Comando del Batallón Artillería número 6 "Tenerife", por el conocimiento del proceso adelantado contra el soldado Marco Antonio Aguilar Espitia y contra Lisímaco Sierra, por "Tráfico ilegal de munición". — Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 404

Homicidio en la modalidad de asesinato.—Ordinales 4º, 3º y 1º del artículo 567 del C. de P. P.—Condiciones de indefensión de la víctima.—Ejercicio de la autonomía de la acción penal respecto a uno o varios de los acusados en el proceso.—Consonancia entre el auto de proceder, el veredicto y la sentencia.—Cuestionario sometido al Jurado.—Con fecha 2 de noviembre de 1962, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Buga, que condenó, por el delito de homicidio en la modalidad de asesinato, a Alberto Alzate Muñoz.

Págs.

Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres 407

Delito de estafa.—Yerros de orden procedimental.—Significado y alcance de los autos de proceder y de detención.—Dentro del procedimiento especial del Decreto 0014 de 1955, no existe el auto de proceder, y el de detención no puede equipararse a él.—Con fecha 8 de noviembre de 1962, la Corte no casa la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo que condenó a Jesús María López García por el delito de estafa.—Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta 412

Homicidio.—Desacuerdo de la sentencia con el veredicto del Jurado.—Cuerpo del delito.—Auto de proceder.—Causas de inculpabilidad y de justificación del hecho.—Causal segunda de casación penal.—No es pertinente en los juicios con intervención del jurado.—La equivocación en la determinación de circunstancias específicas del delito, no constituye nulidad.—Cuestionarios sometidos al jurado.—Declaración de contraevidencia del veredicto por el Juzgador en derecho.—Interpretación de los ordinales 5º y 6º del artículo 363 del Código Penal. Causal tercera de casación.—Con fecha 9 de noviembre de 1962, la Corte invalida parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, por la cual condena a Guillermo Castellanos Bautista, Jaime Torres y Miguel Ibagué Casas, como responsables del delito de homicidio. — Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 417

Homicidio. — Sentencias dictadas antes de la declaración de inexequibilidad del Decreto 0012 de 1959.—La declaración de inexequibilidad de una ley únicamente tiene efectos hacia el futuro.—El provocador y la legítima defensa.—La ira en la comisión del delito.—Invocación de riña imprevista.—Con fecha 14 de noviembre de 1962, la Corte no casa la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, mediante la cual condenó a Neftalí Romero Cortés por homicidio.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 437

Contingencias que para la justicia penal ha creado la legislación del Decreto 0012 de 1959 y la declaratoria de inexequibilidad parcial de este estatuto.—Aplicación de ley existente en el momento del delito y por autoridad competente.—Alcance de la causal segunda de casación. Con fecha 14 de noviembre de 1962, la Corte no invalida el fallo del Tribunal Superior de

Págs.

Cali, por medio del cual condenó a José Manuel Zapata Mesa, como responsable del delito de homicidio. — Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A. 451

Finalidad esencial de la notificación personal del auto de proceder. — Su omisión está erigida por la ley en nulidad relativa.—Con fecha 16 de noviembre de 1962, no se casa la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Ibagué, por la cual condenó a Ricardo Sierra Suárez, Antonio José Castro o Toño Castro y otros como responsables y coautores del delito de "Homicidio Imperfecto", con características de asesinato. — Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta 460

Proceso por homicidio (asesinato), rituado conforme al Decreto 0012 de 1959.—Interpretación jurídica del postulado constitucional sobre la retroactividad de las disposiciones penales Permisivas o favorables *al acusado.* Con fecha 16 de noviembre de 1962, se desecha el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Superior de Manizales en la causa adelantada a Angel María Triana Jaramillo por el delito de homicidio (asesinato).—Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria 466

Nulidad supralegal por privación del derecho de defensa.—Ejercicio del derecho de defensa. La función del abogado defensor tiene el carácter de servicio de necesidad pública.—Consecuencias de la relación entre la defensa en juicio y el ejercicio de la profesión de abogado.—Con fecha 19 de noviembre de 1962, se invalida parcialmente la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Ibagué, que condenó a Marcelino Castro Caro como responsable de delito de homicidio agravado. — Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo .. 470

Homicidio cometido en estado de ira o de intenso dolor, causado por grave e injusta provocación.—Errada interpretación o apreciación de los hechos.—Violación de la ley por falta de aplicación y por indebida aplicación.—Causales segunda y primera de casación penal.—Con fecha 23 de noviembre de 1962 se invalida la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Manizales, que condenó a Baltazar Rendón Tabares, por el delito de homicidio. — Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres 478

Págs.

Proceso por faltas contra la ética profesional en el ejercicio de la abogacía, que culminó con sobreseimiento definitivo.—A pesar de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 69 de 1945, cuando aparezca que el acusador no procedió de mala fe, no es forzoso ordenar la investigación por calumnia.—Con fecha 29 de noviembre de 1962, la Corte confirma la providencia del Tribunal Superior de Tunja, por medio de la cual sobreseyó definitivamente en favor del doctor Isidro Gil Neira, respecto de los cargos que le fueron hechos por supuestas faltas contra la ética profesional.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 483

Proceso por estafa tramitado de conformidad con el Decreto 0014 de 1955.—Complejidad jurídica del caso.—Participación o complicidad.—Error de hecho en la apreciación de las pruebas del proceso.—La causal tercera de casación no es cuestión que pueda aducirse en procesos tramitados conforme al Decreto 0014 de 1955—Con fecha 30 de noviembre de 1962 se invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, que condenó a Carlos Julio de la Hoz y a Oscar Gregorio Herrera Rodríguez, por el delito de estafa. Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria 485

SALA DE CASACION LABORAL

Primas de servicio.—Indemnización moratoria. Vacaciones.—Confesión ficta.—Prueba del capital de la empresa.—Con fecha 10 de septiembre de 1962, la Corte casa parcialmente la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Tunja, dictada en el juicio ordinario laboral promovido por Urias Forero, contra Tulio Montaña y otro.—Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A. 498

Dictamen pericial.—Pruebas.—Pensión de invalidez.—Son cuestiones diferentes los medios probatorios, su ritualidad o modo de aducción y la valoración de los mismos. Diferencias en materia probatoria entre el procedimiento laboral y el procedimiento civil.—Manera de rituar las pruebas en el proceso laboral.—Con fecha 13 de septiembre de 1962, la Corte casa el fallo recurrido del Tribunal Superior de Barranquilla, proferido en el juicio ordinario laboral adelantado por Julio Arrieta Gambín contra las empresas Públicas Municipales de Barranquilla. — Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C. 507

Págs.

Cesantía, Vacaciones, Primas de Servicio, Presunción de contrato de trabajo.—Contrato de trabajo con Agentes vendedores.—Estipulación sobre exclusividad de la prestación del Servicio.—Con fecha 14 de septiembre de 1962, la Corte casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Guillermo Quintero C. contra Arturo Mesa C.—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 510

Auxilio de Cesantía.—Trabajo Suplementario. Indemnización Moratoria.—Se precisa el sentido y alcance de la excepción contenida en el literal c) del artículo 251 del C. S. T.—Casos en que no opera la exoneración de la sanción moratoria.—Con fecha 26 de septiembre de 1962, la Corte casa la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Pamplona, dictada en el juicio adelantado por Jesús Acevedo Cañas contra Tomás Maldonado.—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 519

Indemnización del plazo presuntivo.—Error de hecho en la estimación de las pruebas.—Terminación unilateral del contrato de Trabajo. Técnica de casación.—No hay duda de que la ley permite establecer en los contratos y reglamentos de trabajo motivos especiales para la terminación unilateral del contrato, sin previo aviso. Pero es condición previa necesaria para aplicar la sanción, la observancia del respectivo procedimiento reglamentario. — Con fecha 18 de octubre de 1962, se casa parcialmente la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio adelantado por Jesús María Velásquez Mora contra la sociedad "Abbott Laboratories de Colombia S. R., Ltda.".—Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo 527

Pensión mensual de Invalidez. — *Reajuste de Cesantía.—Auxilio por enfermedad, Primas de Servicio y Preaviso.—Error de Valoración probatoria de los conceptos médicos obrantes en autos.*—Con fecha 31 de octubre de 1962, se casa parcialmente el fallo recurrido, dictado por el Tribunal Superior de Pamplona en el juicio ordinario laboral promovido por Gilma Rodríguez Hernández contra la Empresa Colombian Petroleum Company. Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C. 534

Reajuste de salarios.—Requisitos de procedibilidad.—Desglose de documentos.—Documentos públicos.—Funciones de la Corte Suprema de Justicia.—Recurso de casación y excepción de inconstitucionalidad.—Contrato de trabajo con profesores oficiales. Técnica del recurso de casación.—Con fecha 31 de octubre de 1962, la Corte no casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario laboral adelantado por Carmen Restrepo de Jaramillo contra el Departamento de Antioquia. — Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 539

Culpa contractual y culpa extracontractual del patrono.—Fallo inhibitorio y fallo de fondo. Casos en que es admisible el recurso de casación contra un fallo inhibitorio por incompetencia.—Con fecha 14 de noviembre de 1962, no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario laboral contra las "Empresas Públicas de Medellín"—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 550

Compensación del trabajo Dominical y Festivo, en los casos de labores que no pueden suspenderse, como los viajes fluviales o marítimos.—Con fecha 15 de noviembre de 1962, no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio ordinario laboral de Edmundo White Amaya, contra la Empresa "Esso Colombiana, S. A.".—Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C. 558

Reclamación de salarios y prestaciones.—Técnica de casación.—Con fecha 23 de noviembre de 1962, no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Manizales, en el juicio ordinario laboral, seguido por Julio Bedoya contra Pantaleón González.—Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C. 562

Reclamación de honorarios médicos. — *Normas sustantivas y procesales que rigen la materia. Contratación de servicios para terceras personas.—Sistema de apreciación de la prueba. Medios probatorios.* — *Prescripción de la acción.*—Con fecha 27 de noviembre de 1962, la Corte casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario laboral instaurado por el doctor Marco Tulio Vergara Rey contra la sucesión de Ricardo Cubides.—Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A. ... 565

Servicios Médicos y contrato de trabajo.—Diferenciación entre empresa y sociedad.—Unidad de empresa.—Técnica del recurso de ca-

Págs.

sación.—Con fecha 14 de diciembre de 1962, no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario laboral, adelantado por José Domingo Goenaga contra la empresa "Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A.".—Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C. 587

Sustitución patronal.—Fallo extra Petita.—Auxilio de Cesantía.—Indemnización moratoria. Técnica del recurso de casación.—Con fecha 15 de diciembre de 1962, no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario de Pablo Antonio Nobsa contra la empresa "Acerías Paz de Río S. A.".—Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo 601

Prescripción de las acciones que emanan de las Leyes Sociales.—Recuento histórico de la Legislación sobre esta materia.—Con fecha 15 de diciembre de 1962, no se casa la sentencia recurrida, dictada en el juicio ordinario laboral, instaurado por Manuel Ariza Ordóñez contra el Distrito Especial de Bogotá.—Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo. 608

Contrato de transporte y contrato de trabajo. Técnica del recurso de casación.—Violación directa y violación indirecta de la Ley.—Con fecha 15 de diciembre de 1962, no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el juicio ordinario laboral, instaurado por Teodoro Mendoza contra el "Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A.".—Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A. 614

Recurso de homologación.—Irretroactividad de los fallos arbitrales.—Facultades y competencia de los árbitros.—El Laudo arbitral y la cosa juzgada. — Extensión del fallo arbitral. Préstamos del Banco a sus propios empleados. Con fecha 18 de diciembre de 1962, la Corte declara inexequibles algunas decisiones del laudo arbitral proferido en el conflicto surgido entre el sindicato de industria, denominado: "Asociación Colombiana de Empleados Bancarios" y otras entidades sindicales y varios establecimientos bancarios.—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 620

Salvamento del voto del Magistrado doctor Luis Alberto Bravo, respecto de la decición anterior 641

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Págs.

Responsabilidad extracontractual del Estado. La peligrosidad que se afirma de una carretera o puente, debe probarse.—Responsabilidad extracontractual de la Administración en función de actos discrecionales, tales como el pavimentar o nó una carretera.—Con fecha 4 de septiembre de 1962, la Corte confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, dictada en el juicio ordinario adelantado por Ligia Salom de Salcedo contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña 647

Responsabilidad civil extracontractual de la Nación.—Responsabilidad directa y responsabilidad indirecta.—Circunstancias en que no es indispensable determinar cuál fue concretamente el funcionario que incurrió en negligencia, y circunstancias en que sí es preciso demostrarlo.—Por sentencia de 11 de septiembre de 1962, se confirma la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre indemnización de perjuicios seguido por Olegario Ardila contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau.. 657

Dictamen pericial. — Objeciones al mismo, por error grave.—En qué consiste el error grave en el dictamen pericial.—Examen del artículo 720 del C. J. Aspectos del dictamen que no deben estudiarse ni resolverse al decidir el incidente de objeciones, sino sólo en la sentencia definitiva.—Con fecha 19 de septiembre de 1962, la Corte confirma la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio ordinario adelantado por Enrique Echeverri Isaza contra el Departamento de Caldas.—Magistrado ponente, doctor Luis Carlos Zambrano 660

Responsabilidad civil extracontractual.—Traslado de la prueba del proceso penal al proceso civil.—Objeto propio de la Inspección ocular. Copias expedidas irregularmente.—Con fecha 11 de octubre de 1962, la Corte confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio promovido por Arturo Jiménez Pombo contra el Estado.—Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña 664

Responsabilidad extracontractual.—Responsabilidad de la Administración y culpa personal del empleado.—Con fecha 18 de octubre de 1962, la Corte revoca la sentencia pronuncia-

Págs.

da por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio adelantado por Rubén Joya y otros contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo 675

Acción de indemnización de perjuicios por ocupación temporal de un inmueble particular por el Ejército, por razones de orden público.—Competencia ordinaria y competencia de lo contencioso administrativo. — Presupuesto Procesal de competencia.—Con fecha 25 de octubre de 1962, la Corte revoca la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario propuesto por el apoderado del doctor Pablo A. Vaca Torres contra el Estado colombiano.—Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña 680

Responsabilidad del Poder Público en casos de culpa extracontractual.—La falta del servicio y la responsabilidad directa de la Administración.—Reglas que rigen la prescripción en tal caso.—Determinación de los perjuicios materiales.—Reconocimiento de Perjuicios Morales. Con fecha 31 de octubre de 1962, la Corte reforma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pasto, dictada en el juicio ordinario por perjuicios, de Carmen Torres vda. de Garcés y otros contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo. 690

Acción de pago de perjuicios ocasionados por la pérdida de unas mercancías depositadas en las Bodegas de la Aduana. Responsabilidad objetiva del Estado.—Circunstancias que exoneran de responsabilidad y circunstancias que impiden esta exoneración.—Con fecha de 6 de noviembre de 1962, la Sala confirma la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio ordinario adelantado por la Sociedad "Fábrica de Grasas y Productos Químicos Limitada —Graco—" contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Luis Carlos Zambrano 698

Privilegios y prerrogativas de los Agentes Diplomáticos.—Inmunidad de jurisdicción civil. Competencia de la Corte en los casos de excepción.—Reciprocidad internacional.—Excepción de Declinario de Jurisdicción.—Decreto 3135 de 1956.—Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. — Con fecha 7 de noviembre de 1962, la Sala reconoce el privilegio de inmunidad alegado por el Excmo. Señor Li Chin, en relación con la demanda que contra él presentó el señor Jorge Castillejo. Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau 701

Reposición y apelación.—Jurisdicción coactiva. Con fecha 20 de noviembre de 1962, la Sala se declara inhibida para conocer del recurso de reposición interpuesto por Benedicto Restrepo contra la providencia del Jefe de la Sección de Recaudación de Impuestos Nacionales que denegó una solicitud de acumulación.—Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau. 706

Declaraciones contra los Parientes próximos. Documentos Públicos. — Responsabilidad civil extracontractual del Estado por culpa del servicio.—Actos administrativos y vías de hecho. Competencia de la justicia ordinaria.—Con fecha 30 de noviembre de 1962, se confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 12 de agosto último, por medio de la cual Jorge Vásquez Franco y otra demandó a la Nación por indemnización de perjuicios.—Magistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo 708

Mandamiento de pago.—Procesos de conocimiento y juicio de ejecución.—Títulos ejecutivos. Requisitos del Documento ejecutivo.—Con fecha 4 de diciembre de 1962, la Sala revoca el auto de fecha 27 de junio de 1962 por el cual el Tribunal Superior de Montería, libró mandamiento de pago por la vía ejecutiva contra el Departamento de Córdoba.—Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña 724

Se declara de propiedad privada el subsuelo petrolífero a que se refiere este juicio.—Supuestos esenciales de la acción.—Valor probatorio de los títulos antiguos.—Examen crítico de los documentos y pruebas allegados.—Reconsideración de la doctrina sobre exclusión de áreas. Con fecha 15 de diciembre de 1962, así lo resuelve la Corte, en el juicio ordinario adelantado por Ana Paz Trespalacios de Abello, Aristides Gutiérrez de Piñeres y Juan Antonio Gutiérrez de Piñeres y otros.—Magistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo 728